



Alexandra Santos Piorro

**O CRIME DE MUTILAÇÃO GENITAL FEMININA: CONSIDERAÇÕES
SOBRE A SUA AUTONOMIZAÇÃO NO CÓDIGO PENAL**

Dissertação com vista à obtenção do grau de
Mestre em Direito Forense e Arbitragem

Orientadora:

Doutora Teresa Quintela de Brito, Professora da Faculdade de Direito da Universidade Nova de
Lisboa e da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Junho de 2019

AGRADECIMENTOS

Ao meu marido, pelo apoio e incentivo que me deu durante a elaboração deste trabalho, apesar dos sacrifícios que o mesmo impôs. Pelos conselhos dados e por ter sido a minha inspiração para o conseguir finalizar.

Aos meus pais, por todo o amor e carinho que me deram. Pelos valores que me passaram e pelos sacrifícios que fizeram ao longo destes anos. Por tudo isso e muito mais estou-lhes eternamente grata.

À minha irmã, Ana, sempre companheira, amiga e amorosa, o meu muito obrigada.

À Professora Doutora Teresa Quintela de Brito, pela honra que me deu em tê-la como orientadora de dissertação de Mestrado. Por toda a ajuda prestada, conselhos e paciência com que desempenhou tal papel.

RESUMO: A mutilação genital feminina (MGF) é uma prática cultural que afeta a saúde e bem-estar de milhões de meninas e mulheres, tendo sido reconhecida pelos defensores dos Direitos Humanos como uma prática nefasta e que deve ser travada. Embora a mutilação genital feminina seja originária de vários países do continente africano, com a constante imigração destes povos para países ocidentais, a prática também se tornou aí uma realidade. Portugal inclui-se nos países de destino de imigrantes provenientes de África e, como tal, um país de risco no que respeita à MGF, tendo, por isso, adotado legislação específica criminalizadora dessa prática, aditando ao Código Penal o artigo 144.º-A de epígrafe “Mutilação Genital Feminina”. Porém, a sua autonomização está longe de estar perfeita já que o legislador omitiu a punição da instigação à automutilação, o que leva à impunidade do agente, bem como deveria ter alterado o n.º 3 do artigo 6.º, que também se traduz na impunibilidade dos agentes que praticam o facto típico de MGF fora do território português. A solução destas lacunas passa pela alteração legislativa ao Código Penal.

ABSTRACT: Female genital mutilation (FGM) is a cultural practice that affects the health and well-being of millions of girls and women, and, for that, has been recognized by Human Rights defenders as a harmful practice that must be stopped. Although female genital mutilation has its origins in several countries of africa, with the constant immigration of this nations to western countries, this practice has also become a reality there. Portugal is included in the destination of immigrants from Africa and, as such, a country of risk regarding to FGM, and has, therefore, adopted specific legislation criminalizing this practice, adding to the Criminal Code article 144.º-A, entitled “Female Genital Mutilation”. However, its addition is far from perfect since the legislator omitted the punishment of instigation to self-mutilation, which leads to the agent’s impunity. He also should have changed n.º 3 of article 6, which also means the impunity of agents that practice FGM outside Portuguese territory. The solution to these omissions is an amendment to the Criminal Code.

PALAVRAS-CHAVE: Mutilação genital feminina; MGF; Direitos Humanos; Criminalização; Autonomização; Incitação à automutilação; Autoria mediata; Cumplicidade; Comparticipação; Atos preparatórios.

ABREVIATURAS

ACNUR	Alto Comissário das Nações Unidas para os refugiados
AR	Assembleia da República
Art.	Artigo
APAV	Associação Portuguesa de Apoio à Vítima
CEDH	Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais
cfr.	Confira, confronte
CI	Convenção de Istambul
CP	Código Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
DIAP	Departamento de Investigação e Ação Penal
ed.	Edição
Et. al.	Et alii
EUA	Estados Unidos da América
i. e.	Id est
MGF	Mutilação Genital Feminina
n.º	número
OHCHR	Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONUSIDA	Programa Conjunto das Nações Unidas sobre o vírus da imunodeficiência humana
Op. Cit.	Obra citada
p.	Página
PNUD	Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
Proc.	Processo
ss.	Seguintes

STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
UNECA	Comissão Económica das Nações Unidas para a África
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura
UNFPA	Fundo de População das Nações Unidas
UNICEF	Fundo das Nações Unidas para a Infância
UNIFEM	Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher
Vol.	Volume
v. g.	<i>Verbi gratia</i> (por exemplo)

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS	2
INTRODUÇÃO	8
1. A MUTILAÇÃO GENITAL FEMININA: ENQUADRAMENTO HISTÓRICO.....	11
1.1. Contextualização histórica:.....	12
1.2. A visão da sociedade:	15
2. O DIREITO INTERNACIONAL E A PRÁTICA DA MGF	17
2.1. A Declaração Universal dos Direitos do Homem.....	17
2.2. A Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação sobre as Mulheres.....	19
2.3. A Declaração sobre a Eliminação da Violência Contra as Mulheres.....	19
2.4. A Convenção sobre os Direitos da Criança	20
2.5. A Convenção de Istambul.....	20
3. ENQUADRAMENTO LEGAL.....	22
3.1. Conceito e tipos de MGF	27
3.2. O Bem jurídico ofendido	30
3.3. O tipo objetivo de ilícito	32
3.4. Erro sobre a ilicitude.....	33
3.5. Formas especiais do crime: a punibilidade dos atos preparatórios e da tentativa.....	34
3.6. Concurso de crimes.....	35
4. A MGF NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS.....	37
4.1. Pré-existência do crime de ofensa à integridade física grave	37
4.2. Autonomização do crime de MGF no Código Penal	42
a) Falta de previsão do incitamento à automutilação	42
b) A questão da comparticipação criminosa e a flagrante desigualdade de aplicação das penas	47
c) Sanções e medidas	52

4.3. A MGF nos vários ordenamentos jurídicos	52
4.4. Análise de casos.....	58
CONCLUSÃO.....	67
BIBLIOGRAFIA	70

INTRODUÇÃO

A presente dissertação de Mestrado em Direito tem como objeto de estudo a análise do preceito legal autonomizado em Portugal em 2015, referente à Mutilação Genital Feminina¹.

A mutilação genital feminina consiste na remoção, parcial ou total, dos órgãos genitais femininos ou outras intervenções suscetíveis de lhes provocar lesões por razões não médicas ou terapêuticas.

A MGF é uma prática cultural existente em vários países africanos e em alguns países da Ásia, levada a cabo em meninas e mulheres com idade compreendida entre os 3 e os 17 anos, em locais com parcas condições de higiene, por meio do uso de instrumentos não esterilizados, e, muitas vezes, sem o uso de anestesia. O procedimento provoca na vítima dor aguda e perda de sangue excessiva, sendo o mesmo comparado a atos de tortura e tratamentos degradantes e cruéis. As sequelas são permanentes no corpo da vítima, como dores crónicas, bem como no seu estado psicológico, como o trauma da intervenção vivenciada.

As razões para a existência do ritual do corte prendem-se com o costume, a tradição, o controlo da sexualidade feminina, a pressão social, e até mesmo, que este tem benefícios na saúde e higiene feminina.

A ratificação pela Assembleia da República (AR), em 21 de janeiro de 2013, da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, *vulgo* Convenção de Istambul, levou o nosso legislador penal a autonomizar o crime de Mutilação Genital Feminina, introduzindo o artigo 144.º-A na lei penal substantiva portuguesa. A Convenção do Conselho da Europa é um instrumento legal de valor vinculativo, termos em que, juntamente com dois novos crimes, o casamento forçado e a perseguição, o crime de mutilação genital feminina entrou em vigor no nosso ordenamento jurídico com a aprovação da Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto.

A necessidade de autonomização do crime de MGF no nosso país (tal como noutros países, os quais também serão abordados no presente estudo) deve-se ao crescente número de imigrantes provenientes de países africanos, onde o ritual do corte

¹ Ao longo da Dissertação serão utilizados os termos mutilação genital feminina, corte dos genitais femininos, ritual do corte, práticas tradicionais do corte e MGF, como sinónimos por comodidade de expressão.

é prática tradicional, pelo que a mutilação genital feminina é uma realidade em Portugal. Todavia, sucede que as meninas são levadas pelos familiares para o seu país de origem, onde será aí executado o corte dos genitais, regressando, posteriormente, para Portugal. Um dos motivos que leva os familiares da vítima a consumarem o facto no país de origem prende-se com a circunstância de que aí a prática é lícita. Contudo, como se verá ao longo deste estudo, a maioria dos países africanos, onde o ritual do corte é tradicional, tem legislação específica contra a mutilação genital feminina.

Face à junção da MGF ao catálogo de crimes da parte especial do nosso Código Penal, cumpre tecer algumas considerações sobre este preceito legal.

Com a leitura do artigo 144.º-A do Código Penal (CP), constata-se a inexistência da previsão do incitamento à automutilação, e com a não alteração do n.º 3 do artigo 6.º do CP, poderão surgir desigualdades no que respeita à punição (ou não punição) dos agentes do mesmo crime. A análise destes problemas é, essencialmente, o objetivo primordial da presente Dissertação.

Os atos de instigação são genericamente cometidos sobre a pessoa que comete o crime e não sobre a própria vítima. Não tendo o legislador penal providenciado a previsão da criminalização do agente incitador, é necessário aferir da sua responsabilidade jurídico-penal nos termos do artigo 144.º-A do CP.

Existe, ainda, uma grave desigualdade na punição dos agentes do crime de mutilação genital feminina, quando este é praticado fora do território nacional, ou seja, deveria ter sido alterado o n.º 3 do artigo 6.º do CP, acrescentando o crime de MGF à sua previsão, o que conduz à impunidade dos agentes que praticaram o facto fora do território português.

Para chegar ao tema central de forma esclarecida, começaremos por examinar o contexto social em que a prática de MGF se insere, os motivos pelos quais é considerada uma prática nefasta e que viola vários Direitos Humanos, como os que constam na Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), bem como o seu enquadramento legal.

Depois procederemos à análise do estudo a que nos propomos, tendo como ponto de partida a elucidação da penalização da mutilação genital feminina antes da sua autonomização no Código Penal, bem como os motivos da necessidade de a autonomizar.

Por fim, iremos explorar a criminalização da MGF em vários ordenamentos jurídicos, bem como alguns casos que correram termos nos tribunais portugueses e

estrangeiros.

Este estudo procura clarificar a necessidade de alteração legislativa do crime de mutilação genital feminina, previsto no artigo 144.º-A do CP, no que respeita à introdução da previsão de atos de incitar a vítima a submeter-se a MGF, bem como da alteração do n.º 3 artigo 6.º do CP, de forma a evitar a impunidade de alguns participantes do referido crime.

1. A MUTILAÇÃO GENITAL FEMININA: ENQUADRAMENTO HISTÓRICO

“Sofri mutilação genital feminina aos dez anos. A minha defunta avó disse-me então que me iam levar perto do rio para executar uma espécie de cerimónia, e que depois me dariam muita comida. Como criança inocente que era, lá fui como uma ovelha para a matança.

Mal entrei no arbusto secreto, levaram-me para um quarto muito escuro e tiraram-me as roupas. Vendaram-me os olhos e despiram-me completamente. Depois, duas mulheres fortes levaram-me para o local onde seria a operação. Quatro mulheres com força obrigaram-me a deitar-me de costas, duas apertando-me uma perna cada uma. Outra mulher sentou-se sobre o meu peito para eu não mexer a parte de cima do meu corpo. Um bocado de tecido foi-me posto dentro da boca para eu não gritar. Depois raparam-me os pelos. Quando começou a operação debati-me imenso. A dor era insuportável. Enquanto me debatia cortaram-me e perdi sangue. Todos os que fizeram parte da operação estavam meios bêbados. Outros estavam a dançar e a cantar, e ainda pior, estavam nus.

Fui mutilada com um canivete rombo. Depois da operação, ninguém me podia ajudar a andar. O que me puseram na ferida cheirava mal e doía. Estes foram momentos terríveis para mim. Cada vez que queria urinar, era forçada a estar de pé. A urina espalhava-se pela ferida e causava de novo a dor inicial. Às vezes tinha de forçar para não urinar, com medo da dor terrível. Não me anestesiaram durante a operação, nem me deram antibióticos contra infeções. Depois, tive uma hemorragia e fiquei anémica. A culpa foi atribuída à feitiçaria. Sofri durante muito tempo de infeções vaginais agudas²”.

Este testemunho é apenas um em milhões de meninas e mulheres que foram submetidas às práticas tradicionais do corte genital feminino.

Começaremos por examinar as origens e motivações desta prática de forma a entender o porquê da sua existência em pleno século XXI.

² Cicatriz Feminina (27 de outubro de 2011) “Testemunho real de Hannah Koroma” <https://cicatrizfeminina.webnode.pt/news/testemunho-real-de-hannah-koroma/> [18 de março de 2019].

1.1. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

A MGF é uma prática tradicional milenar realizada por alguns povos, cuja origem é desconhecida, embora se pense que a MGF teve origem no sul do Egito ou no norte do sudão e que foi praticada por muitas culturas, incluindo os Fenícios, os Hititas e os antigos egípcios³.

Não obstante a origem ser desconhecida, existem documentos que permitem localizar temporalmente quando surgiu, porém, os autores não são consensuais no que respeita a esta matéria. Por um lado, existe um documento datado de há 2200 anos atrás que faz referência à MGF, mencionando a existência de infibulações no Sudão, por outro, autores defendem que a prática terá ocorrido há cerca de 5000 anos desde a Roma antiga ao Reino Unido no século XIX, existindo, ainda, documentos ancestrais que apontam que a MGF teve início no Egito e no Sudão ao longo do Vale do Nilo⁴.

Os motivos por detrás da MGF são vários, sendo estes sustentados em crenças e valores enraizados nas comunidades que a praticam.

As justificações mais comuns são o costume e a tradição.

De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), as tradições são orientadas por crenças, sendo a sua prática baseada em valores e atitudes de uma comunidade que influenciam os comportamentos da mesma. As crenças, valores e atitudes de uma comunidade são passados de geração em geração, constituindo, assim, a sua identidade⁵.

A cultura é caracterizada por um conjunto de atitudes, crenças, comportamentos, suposições e valores que são partilhados por uma comunidade e que influenciam a conduta de cada membro, bem como, a sua particular interpretação do comportamento dos outros⁶.

O corte genital feminino é visto como um ritual de passagem das meninas para a idade adulta, tornando-as aptas para o casamento e para a maternidade, mantendo assim, o costume e a tradição que incumbe às mulheres, aquele estilo de vida, bem como o seu

³ Rahman, Anika; Toubia, Nahid (2000) *Female Genital Mutilation: A guide to laws and policies worldwide*. London, New York: Zed Books, p. 7.

⁴ Lisboa, Manuel, *et. al.* (2015) “Mutilação Genital Feminina: prevalências, dinâmicas socioculturais e recomendações para a sua eliminação”. Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa, p. 25.

⁵ Organização Mundial de saúde (2001) “Mutilação Genital Feminina: Integração da Prevenção e do Tratamento nos Currícula de Profissionais de Saúde”. https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2013/12/Manual_FINAL_para_web.pdf [17 de setembro de 2017] p. 65.

⁶ Spencer-Oatey, Helen (2000) *Cultural Speaking: Managing Rapport through Talk across Cultures*. London, New York: Continuum, p. 4.

papel naquela sociedade. A MGF representa um ato de inclusão na comunidade e acreditam que, ao manter as suas tradições e valores culturais, estão a preservar a sua identidade cultural⁷.

Uma outra justificação para a perpetuação do corte genital é a necessidade de controlar a sexualidade feminina. A sexualidade é um termo construído e idealizado pela sociedade, e como tal tem diferentes aceções. Por exemplo, para muitas comunidades que praticam a MGF, a honra da família depende da virgindade e pureza da mulher, como acontece no Egipto, no Sudão e na Somália, servindo a MGF para extinguir os casos de relações sexuais antes do casamento e preservar a virgindade feminina. Noutros contextos, como no Quênia e Uganda, em que a pureza sexual não é uma questão preocupante, serve a MGF para reduzir o apetite sexual da mulher e como tal, diminuir a procura do seu marido para ter relações sexuais, o que lhe permite ter várias esposas. Independentemente das razões que levam ao controlo da sexualidade feminina, a MGF tem como propósito reduzir o desejo sexual da mulher no interesse sexual masculino, o que permitirá que a mulher mantenha a virgindade até ao casamento, bem como a sua fidelidade para com o marido⁸.

A pressão social é também uma explicação comum para a prática de MGF. Numa comunidade onde a maioria das mulheres foi submetida ao corte genital, os entes mais próximos criam um sentimento de conformação com a prática do corte, sendo este necessário para a aceitação no grupo⁹. A recusa da prática resulta na estigmatização e no isolamento social, bem como a dificuldade em encontrar um marido, criando a chamada pressão social para ceder ao corte. Desta forma, perpetua-se a MGF, visto que, para pertencer à comunidade, é necessário conservar a prática, assim passando esta ideologia para a próxima geração.

Note-se, por outro lado, que a MGF é uma prática cultural e não religiosa. A MGF é anterior à chegada do Cristianismo e Islamismo em África, não constituindo um requisito em nenhuma destas religiões, até porque é praticada por Judeus, Cristãos, Muçulmanos e algumas religiões indígenas africanas. Embora a MGF seja fortemente identificada com o Islamismo, a verdade é que nem o Alcorão, fonte primária da lei islâmica, nem o *Hadith*, coletânea de leis, lendas e histórias do Profeta Maomé, mencionam diretamente para a necessidade da prática. Inclusivamente, e mais

⁷ Rahman, Anika; Toubia, Nahid (2000) *Female Genital Mutilation: A guide to laws and policies worldwide*. op. cit. p. 5.

⁸ *Ibidem* p. 5.

⁹ *Ibidem* p. 6.

recentemente, durante a Conferência Internacional sobre a população e saúde reprodutiva no mundo muçulmano, que teve lugar na Universidade *Al Azhar*, no Egito, foi acordado que determinadas práticas lesivas, incluindo a MGF, foram o resultado de interpretações erradas de disposições islâmicas¹⁰. Aliás, durante a Conferência de Académicos do Cairo, realizada em novembro de 2006, que reuniu líderes muçulmanos de todo o mundo, foi adotada uma Resolução, correspondente a uma *fatwa*, que considerou a MGF um crime, pois trata-se de um ato de agressão e crime contra a humanidade¹¹.

Outros motivos que se relacionam com a prática do corte genital feminino são os benefícios que este ostenta para a saúde e higiene feminina, o aumento da fertilidade, a saúde dos bebés e a potência masculina, bem como motivos de ordem espiritual.

São várias as crenças que motivam a manutenção da MGF, variando conforme a região e comunidade.

Atualmente a MGF é praticada em vinte e oito países Africanos, tais como Benim, Burquina Faso, Camarões, República Centro Africana, Chade, Costa do Marfim, Djibouti, Egito, Eritreia, Etiópia, Gâmbia, Gana, Guiné, Guiné-Bissau, Libéria, Mali, Mauritânia, Níger, Nigéria, Quênia, Senegal, Serra Leoa, Somália, Sudão, Sudão do Sul, Togo, Uganda e República da Tanzânia¹², mas também em alguns países da Ásia e da América Latina.

No entanto, os casos de MGF também tem surgido em Estados onde não existia a prática, face à crescente imigração, como é o caso de alguns países da Europa, nomeadamente, na Suécia, Alemanha, França, Reino Unido, Suíça e Portugal, bem como em países de outros continentes, como na Austrália, no Canadá e nos Estados Unidos da América (EUA).

A MGF é realizada por uma excisadora¹³, que se trata de uma mulher mais velha, de estatuto social importante na sociedade, porém que não possui conhecimentos de medicina, uma vez que a sua posição foi transmitida por sucessão. Sendo o ritual solicitado pelos familiares mais próximos, normalmente, mães, avós ou tias da criança, cuja idade é compreendida entre os 3 e os 17 anos.

¹⁰ *Ibidem* p. 6.

¹¹ End FGM – European Campaign (2010) “Fim à Mutilação Genital Feminina: uma estratégia para as instituições da União Europeia”. www.endfgm.eu [12 de setembro de 2017] p. 8.

¹² 28 Too Many (2018) “The Law and FGM: An Overview of 28 African Countries”. <https://www.28toomany.org/Law> [18 de março de 2019] p. 13.

¹³ O nome varia consoante as regiões, por exemplo, na Guiné são denominadas como *fanatecas*.

O corte é efetuado em locais cujas condições higiénicas são precárias, com instrumentos como lâminas, facas, canivetes, vidro, tesouras ou pedras afiadas, que normalmente não estão esterilizados e que são utilizados em vários procedimentos no mesmo dia, o que poderá acarretar infeções. O corte provoca uma perda excessiva de sangue, dor aguda e excruciante quando não é usada anestesia e para parar a hemorragia, algumas comunidades esfregam sal ou ervas nos genitais cortados.

“Tal como a tortura, a mutilação genital feminina envolve o provocar de dor e sofrimento intenso e deliberado. A dor é normalmente exacerbada pelo facto de o procedimento ser realizado com ferramentas rudimentares e sem anestesia. Muitas raparigas entram em estado de choque induzido pela dor extrema, trauma psicológico e exaustão de tanto gritar”¹⁴.

Além da dor provocada durante o procedimento, a mutilação genital deixa marcas permanentes na mulher, tanto físicas como psicológicas. A MGF tem consequências como infeções de variados tipos, dor crónica, dificuldades na eliminação da urina, diminuição do prazer sexual, riscos durante o parto, sequelas a nível psicológico, como o stress pós-traumático, e em alguns casos, a morte¹⁵.

1.2. A VISÃO DA SOCIEDADE

Pelos motivos referidos supra, a MGF é considerada uma prática nefasta e um atentado à integridade física, psicológica e sexual da mulher, tendo suscitado a atenção dos defensores dos Direitos Humanos, precisamente porque são violados vários direitos do homem. Temática que será abordada no capítulo subsequente.

Portanto, de um lado temos as comunidades que praticam o ritual dos cortes genitais femininos, como sendo um ritual de passagem à idade adulta e que faz parte das suas tradições e herança cultural e que encaram como algo natural, e do outro, as comunidades que consideram a prática nefasta, tortuosa e com inúmeras consequências para o estado físico e psicológico da mulher.

Alguns países, onde se pratica tradicionalmente o corte genital, como o Gana, o Burquina Faso, a Guiné-Bissau, o Quénia, o Uganda e o Gâmbia, adotaram legislação

¹⁴ End FGM – European Campaign, (2010) “Fim à Mutilação Genital Feminina: uma estratégia para as instituições da União Europeia”. *op. cit.* p. 6

¹⁵ Organização Mundial da Saúde (2008) *Eliminação da Mutilação Genital Feminina: Declaração Conjunta OHCHR, ONUSIDA, PNUD, UNECA, UNESCO, UNFPA, ACNUR, UNICEF, OMS*. https://www.instituto-camoes.pt/images/cooperacao/eliminacao_mgf_declarconj.pdf [12 de setembro de 2017] p. 38.

específica contra a prática de MGF, criminalizando, assim, o ato.

Face ao crescente número de casos de MGF, que foram reportados em países onde não existia a prática, também se criminalizou a mesma em alguns países da Europa, como na Suécia, no Reino Unido, na Noruega, na Espanha, na França, na Suíça e em Portugal, bem como nos EUA, no Canadá e na Austrália¹⁶.

Além da criminalização foram criados vários programas de ação e de prevenção da MGF, como por exemplo, em Portugal existe o “Programa para a Prevenção e Eliminação da Mutilação Genital Feminina” da Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género. A reeducação e sensibilização das comunidades que praticam o corte genital feminino revela-se uma componente importante na medida em que previne a perpetuação da prática, na ótica da prevenção geral positiva. Assim sendo, a prevenção torna-se um processo essencial para a extinção da mesma contribuindo para a diminuição dos casos de mutilação genital até à sua inexistência. Por outro lado, devem ser sempre respeitadas as diferenças culturais, não impondo determinados ideais, de forma a não ferir a sensibilidade cultural das pessoas.

¹⁶ Leye, Els; Sabbe, Alexia (2009) “Responding to Female Genital Mutilation in Europe: Striking the right balance between prosecution and prevention”. www.icrh.org [11 de setembro de 2018] p. 15.

2. O DIREITO INTERNACIONAL E A PRÁTICA DE MGF

Apesar da existência de Tratados internacionais e regionais que consagram os direitos fundamentais e basilares ao ser humano, ainda se assiste à violação de muitos desses direitos. A prática de mutilação genital feminina é considerada um ato cultural nefasto, que viola uma série de direitos fundamentais, servindo a própria terminologia “mutilação” para realçar o quão grave é a prática.

A MGF constitui uma forma de desigualdade entre homens e mulheres na comunidade onde está inserida, e como tal, é discriminatória para as mulheres, pois provém da necessidade de controlar e reprimir a sexualidade feminina. Assim, são violados o direito à igualdade, o direito à vida, quando a prática resulta na morte da vítima, direito à segurança pessoal e integridade física, o direito à saúde, e o direito a não ser submetido a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. São, ainda, violados direitos da criança, tendo em conta que a mutilação é realizada, na sua maioria, em menores.

As seguintes fontes internacionais de direitos humanos demonstram os direitos violados com o corte dos genitais femininos.

2.1. A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM

Face aos horrores a que se assistiram durante a Segunda Guerra Mundial, existiu a necessidade de reconhecer jurídica e universalmente direitos fundamentais da humanidade, como tal, foi criado um texto onde se elencaram esses direitos de forma a garantir que todos beneficiassem da sua proteção e que hoje é reconhecido como a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A DUDH foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, sob a forma de resolução, em 10 de dezembro de 1948, sendo constituída por trinta artigos, tendo em vista assegurar que todo o ser humano é portador de direitos para melhor convivência em sociedade.

A Declaração contém os direitos basilares do ser humano, que, embora não mencione diretamente a MGF, alguns artigos da mesma são evocados nesse sentido, como o princípio da igualdade, consagrado no artigo 1.º da Declaração, onde é referido que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. O artigo 3.º preceitua que todos os homens têm direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal,

apelando, assim, à proibição da MGF, já que esta põe em causa a segurança pessoal das vítimas de mutilação genital, por meio de ofensas à integridade do aparelho genital feminino. Também prevê o artigo 5.º que ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, artigo que se associa à MGF uma vez que a mutilação é considerada um tratamento tortuoso, cruel e desumano.

Não obstante terem sido reconhecidos os direitos constantes na Declaração Universal dos Direitos do Homem, houve necessidade de proteger esses direitos dado o diploma carecer de valor coercivo, nomeadamente através de tratados multilaterais, válidos juridicamente, e que vinculassem as partes contratantes à sua execução. Os tratados multilaterais em apreço são os Pactos Internacionais de 1966, designadamente, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais. Ambos foram adotados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, tendo sido abertos à adesão dos Estados-membros. O primeiro entrou em vigor, em Portugal, em 15 de setembro de 1978, e o segundo, em 3 de janeiro de 1976.

No que respeita ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e ao tema da nossa dissertação, é garantido o direito à vida (art.º 6.º), e que os atos de tortura, penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes são proibidos (art.º 7.º), tal como já estava salvaguardado na DUDH. O pacto garante, ainda, aos povos, o direito a ter a sua própria vida cultural, contudo, e como se verá mais adiante, a prática cultural de MGF, levada a cabo por alguns povos, entra em conflito com direitos axiologicamente mais relevantes ao ser humano, como é o caso da segurança pessoal do ser humano, uma vez que tal prática afeta a integridade física da vítima, devendo prevalecer o direito que protege a integridade e segurança do ser humano sobre o direito à própria cultura.

Relativamente ao Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, releva o n.º 1 do artigo 12.º, onde é reconhecido a todas as pessoas o direito de desfrutar do mais elevado nível de saúde física e mental, direito que é violado com a prática das mutilações genitais femininas já que há uma alteração nos tecidos genitais saudáveis. O corte é efetuado em condições parcas o que poderá acarretar consequências ainda mais graves na saúde da vítima, inclusivamente a morte.

2.2. A CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA AS MULHERES

Aprovada em 1979 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres veio instituir um regime jurídico, com força vinculativa internacional, específico para a supressão de comportamentos discriminatórios contra as mulheres enquanto ser dotado de direitos fundamentais, como a igualdade e a dignidade perante os homens.

A expressão discriminação contra as mulheres significa “qualquer distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo que tenha como efeito ou como objetivo comprometer ou destruir o reconhecimento, o gozo ou o exercício pelas mulheres, seja qual for o seu estado civil, com base na igualdade dos homens e das mulheres, dos direitos do homem e das liberdades fundamentais nos domínios político, económico, social, cultural e civil ou em qualquer outro domínio”, de acordo com o artigo 1.º da Convenção. É também imposto o dever de reconhecer “às mulheres a igualdade com os homens perante a lei”, nos termos do n.º 1 do artigo 5.º.

A Convenção não menciona especificamente a abolição da MGF, no entanto faz referência, na alínea f) do artigo 2.º, que os Estados Parte devem tomar medidas apropriadas para modificar ou revogar costumes ou práticas que constituam discriminação contra as mulheres, bem como, segundo o artigo 5.º, “modificar os esquemas e modelos de comportamento sociocultural dos homens e das mulheres com vista a alcançar a eliminação dos preconceitos e das práticas costumeiras, ou de qualquer outro tipo, que se fundem na ideia de inferioridade ou de superioridade de um ou de outro sexo ou de um papel estereotipado dos homens e das mulheres”. Tal como já foi referido no capítulo anterior, a prática de MGF constitui um costume realizado por alguns povos, e embora os usos e costumes sejam um direito salvaguardado no DUDH, reforçamos que quando estes colocam em causa a integridade física de um ser humano, não se justifica a preservação desses mesmos atos costumeiros.

2.3. DECLARAÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES

A Declaração sobre a Eliminação da Violência Contra as Mulheres foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de dezembro de 1993, com o intuito de reforçar e complementar a efetiva aplicação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres.

Embora a Declaração não tenha força coerciva, faz menção à MGF, na alínea a)

do artigo 2.º, ao referir que a violência contra as mulheres abrange, entre outros, “a mutilação genital feminina e outras práticas tradicionais nocivas para as mulheres”. Repare-se que, mais uma vez, são aludidas as práticas tradicionais, que sendo prejudiciais para o ser humano, no caso, para as mulheres, devem ser travadas.

Com esta Declaração assiste-se a uma sensibilização para o facto de que muitas mulheres são alvo de atos de violência, sendo também mencionado o seu conceito e elencados os referidos atos, alertando, desta forma, a sociedade para a sua eliminação.

2.4. CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA

A Convenção sobre os Direitos da Criança foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1989, tendo sido assinada por Portugal a 26 de janeiro de 1990 e entrado em vigor no ordenamento jurídico português em 21 de outubro do mesmo ano.

A Convenção tem como finalidade proteger as crianças face às suas necessidades especiais por se tratarem de seres naturalmente mais indefesos, não obstante também se encontrarem sob a proteção dos tratados gerais referentes à proteção dos direitos do ser humano.

Foi introduzido no Direito Internacional, com a Convenção dos Direitos da Criança, o princípio do primado superior interesse da criança no seu artigo 3.º. O seu objetivo foi consagrar este princípio como meio de orientação no exercício das responsabilidades públicas e privadas em relação às crianças.

Dos cinquenta e quatro artigos da Convenção, releva para o presente estudo o constante no artigo 12.º, o qual confere à criança, com capacidade de discernimento, o direito de exprimir a sua opinião livremente relativamente a questões que a ela respeitam, porém, face à pressão social a que muitas meninas estão sujeitas para realizar a MGF, questiona-se se a sua concordância com a mutilação é efetuada de forma informada, consciente e livre. Também ressaltam os artigos 19.º e 24.º, n.º 3, que remetem para o direito à proteção contra todas as formas de violência e maus tratos, e a obrigação dos Estados Parte tomarem todas as medidas necessárias de forma a eliminar as práticas tradicionais que prejudicam a saúde das crianças, respetivamente.

2.5. A CONVENÇÃO DE ISTAMBUL

A Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, vulgarmente conhecida como Convenção de Istambul (CI), foi aprovada pela Convenção do Conselho da Europa em 11 de maio

de 2011, tratando-se, portanto, de uma fonte jurídica de âmbito regional, e não internacional, com força vinculativa.

A Convenção tem como fim a prevenção e o combate à violência contra as mulheres e a violência doméstica, reconhecendo que tais atos constituem manifestações “das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens que conduziram à dominação e discriminação contra as mulheres pelos homens, o que as impediu de progredirem plenamente”¹⁷.

Encontramos no artigo 38.º da Convenção os deveres das Partes no que respeita às medidas que devem ser tomadas relativamente à MGF, designadamente, a adoção de medidas legislativas ou outras necessárias que assegurem a penalização da conduta de quem intencionalmente pratique a excisão, infibulação ou qualquer outra mutilação total ou parcial da lábia majora, lábia minora ou do clitóris de uma mulher, bem como quem constranger ou criar as condições para que uma mulher ou rapariga se submeta a estes atos, e ainda, criminalizar a conduta de quem incitar uma rapariga a submeter-se aos mesmos atos.

Além da criminalização do ato de mutilar genitalmente os órgãos femininos, a Convenção reúne outras medidas de forma a erradicar, não só a MGF, mas também outras formas de violência contra as mulheres, devendo as Partes promover, por meio de sensibilização da sociedade, mudanças nos padrões de comportamento enraizados na mesma, sejam estes costumes, tradições, preconceitos ou qualquer prática que coloque a mulher num papel inferior ao homem, de acordo com o n.º 1 do artigo 12.º. Também o n.º 5 do mesmo preceito, bem como o artigo 42.º da Convenção, preveem que as Partes devem garantir que os atos de violência, abrangidos pela Convenção, não tenham como base justificativa a cultura, os costumes, a religião, a tradição ou a honra.

Devem as Partes promover ou desenvolver campanhas que sensibilizem e consciencializem as pessoas para o abandono da violência exercida contra as mulheres (art.º 13.º), sendo mais interessante prevenir do que punir, já que com a prevenção não há vítimas.

Aprovada pela resolução da AR n.º 4/2013, de 21 de janeiro, no nosso ordenamento jurídico, a CI foi o diploma legal que espoletou várias alterações legislativas no nosso Código Penal (CP), nomeadamente, no que respeita à violência doméstica, o assédio sexual, a violação, o casamento forçado, e a mutilação genital feminina, tendo sido, em 2015, autonomizada na lei penal substantiva portuguesa.

¹⁷ Cfr. preâmbulo da CI.

3. ENQUADRAMENTO LEGAL

Nos últimos anos a temática da mutilação genital feminina tem vindo a ser cada vez mais abordada visto a necessidade de proteger as mulheres e raparigas contra esta prática cultural nefasta. Constatou-se que o quadro jurídico da MGF na ordem jurídica portuguesa era insuficiente, daí a necessidade de constituir tal prática como um tipo criminal autónomo. O que aconteceu, pois, embora o crime já se encontrasse tipificado na alínea b) do artigo 144.º do CP, sob a epígrafe “ofensa à integridade física grave”. Com efeito, com a entrada em vigor da Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, veio o nosso legislador autonomizar o crime de mutilação genital feminina.

Foi através da ratificação por Portugal da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, que se abriu caminho para que a autonomização do crime de mutilação genital feminina se tornasse uma realidade e integrasse no catálogo da parte especial do Código Penal. A Convenção veio determinar, nos termos do artigo 38.º o seguinte:

“Artigo 38.º

Mutilação genital feminina

As Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar a criminalização da conduta de quem intencionalmente:

- a) Praticar excisão, infibulação ou qualquer outra mutilação total ou parcial da lábia majora, da lábia minora ou do clitóris de uma mulher;*
- b) Constranger ou criar as condições para que uma mulher se submeta a qualquer um dos atos enumerados na alínea a);*
- c) Incitar, constranger ou criar as condições para que uma rapariga se submeta a qualquer um dos atos enumerados na alínea a).”*

Portugal, que foi o primeiro país da União Europeia a ratificar a Convenção de Istambul, a 5 de fevereiro de 2013, e que entrou em vigor no dia 1 de agosto de 2014, através da resolução da AR n.º 4/2013, de 21 de janeiro, criou assim as condições para que esta prática fosse reconhecida como um crime autónomo, com o objetivo de proteger as mulheres contra esta forma de violência. Várias propostas de lei, de partidos

com assento parlamentar¹⁸, surgiram, promovendo a autonomização do crime de mutilação genital feminina.

O Grupo Parlamentar Bloco de Esquerda, através do Projeto de Lei n.º 504/XII/3.^a, apresentou a seguinte proposta:

“Artigo 145.º-A
Mutilação Genital Feminina

1 – Quem praticar ou forçar uma mulher à excisão, infibulação, ou qualquer outra mutilação total ou parcial da parte externa do aparelho genital feminino, nomeadamente os grandes lábios, pequenos lábios ou clítoris, é punido com pena de prisão de 3 a 12 anos.

2 – Quem incitar ou providenciar os meios para os atos mencionados no número anterior é punido com pena de prisão de 3 a 12 anos.”

O Projeto de Lei n.º 515/XII/3.^a, apresentado pelo Grupo Parlamentar CDS-PP, traduz-se no aditamento do artigo 144.º-A ao Código Penal, cuja redação é a seguinte:

“Artigo 144.º-A
Mutilação Genital Feminina

1 – Quem mutilar genitalmente, total ou parcialmente, pessoa do sexo feminino, através de clitoridectomia, de infibulação, de excisão ou de qualquer outra prática, é punido com pena de prisão de 3 a 12 anos.

2 – Quem praticar qualquer dos atos previstos no número anterior determinado por pedido sério, instante e expresso da vítima, é punido com prisão até 3 anos.

3 – Quem constranger, incitar ou prestar ajuda à prática de mutilação genital feminina é punido com pena de prisão até 3 anos.

4 – Se a pessoa constrangida, incitada ou a que se presta ajuda for menor de 16 anos ou tiver, por qualquer motivo, a sua capacidade de valoração ou de

¹⁸ Falamos dos Projetos de Lei números 647/XII (do Grupo Parlamentar CDS-PSD), 659/XII (proposto pelo PS), e 663/XII (de iniciativa do Bloco de Esquerda) cujas propostas e exposições de motivos podem ser consultadas em:
<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=38652>.

determinação sensivelmente diminuída, o agente é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

5 – Para efeitos do presente crime, a integridade física não se considera disponível.

6 – A tentativa é punível.”

Por seu turno, o Grupo parlamentar do PSD, através do Projeto de Lei n.º 517/XII, propôs uma alteração mais extensa ao Código Penal, tal como o aditamento ao do artigo 144.º-A, com a epígrafe “Mutilação genital feminina”, bem como a alteração da alínea d) do n.º 1, do artigo 5.º (Factos praticados fora do território português), o n.º 1 do artigo 145.º (Ofensa à integridade física qualificada) e a introdução de um número novo no artigo 149.º (Consentimento). A referida proposta tem o seguinte teor:

“Artigo 144.º-A
Mutilação Genital Feminina

1 – Quem proceder à excisão, infibulação ou qualquer outra mutilação total ou parcial dos grandes lábios, pequenos lábios ou clitóris de uma mulher é punido com pena de prisão de 3 a 12 anos.

2 – Na mesma pena incorre quem constranger uma mulher a submeter-se a qualquer um dos atos descritos no número anterior.

3 – Quem incitar uma mulher a submeter-se a qualquer um dos atos descritos no n.º 1 ou criar as condições para esse fim é punido com pena de prisão até 3 anos.”

“Artigo 5.º
(...)

1 – (...)

a) (...)

b) (...)

c) (...)

d) Quando constituírem os crimes previstos nos artigos 144.º, 144.º-A, 163.º e 164, sendo a vítima menor, desde que o agente seja encontrado em

Portugal e não possa ser extraditado ou entregue em resultado de execução de mandado de detenção europeu ou de outro instrumento de cooperação internacional que vincule o Estado Português;

e) (...)

f) (...)

g) (...)

2 – (...)”

“Artigo 145.º

(...)

1 – (...)

a) (...)

b) (...)

c) Com pena de prisão de 1 a 5 anos no caso do artigo 144.º-A, n.º 3;

d) Com pena de prisão agravada nos seus limites mínimos e máximos até um terço da pena aplicável no caso do artigo 144.º-A, n.ºs 1 e 2;

2 – (...)”

“Artigo 149.º

(...)

1 – (...)

2 – (...)

3 – O Consentimento da vítima do crime previsto no artigo 144.º-A não exclui em caso algum a ilicitude do facto.”

As propostas apresentadas pelos Grupos Parlamentares tiveram em consideração o que foi proferido na CI, designadamente, a criminalização da conduta de quem intencionalmente praticar atos de mutilação genital, como a excisão, infibulação, a clitoridectomia ou outros atos de semelhante cariz. As propostas incluíram também a penalização de quem incitar, constranger ou providenciar meios à execução da mutilação genital, tal como referido nas alíneas b) e c) do artigo 48.º da CI. Esta inclusão reveste-se de elevada importância na medida em que são estes os agentes que

espoletam o cometimento do crime (como os pais, avós ou outros familiares), merecendo igualmente punição.

O Grupo Parlamentar propôs, ainda, a alteração ao artigo 5.º do CP, relativo aos crimes cometidos fora do território português, devendo ser incluído o crime de mutilação genital feminina na alínea d) na sua previsão, permitindo o julgamento, pelos nossos tribunais, do agente que for encontrado em Portugal e desde que não possa ser extraditado. E também um aditamento ao artigo 149.º, o qual enuncia que o consentimento da vítima não exclui a ilicitude do facto.

Ao abrigo do que foi imposto pela CI e das propostas dos Grupos Parlamentares, o nosso legislador, ao autonomizar o crime de mutilação genital feminina, através da Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, concebeu o artigo 144.º-A do seguinte modo:

“Artigo 144.º-A

Mutilação genital feminina

1 – Quem mutilar genitalmente, total ou parcialmente, pessoa do sexo feminino através de clitoridectomia, de infibulação, de excisão ou de qualquer outra prática lesiva do aparelho genital feminino por razões não médicas é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos.

2 – Os atos preparatórios do crime previsto no número anterior são punidos com pena de prisão até 3 anos.”

Com a autonomização do crime de mutilação genital feminina no Código Penal alcançou-se um passo que permite uma real punição deste crime, com uma moldura penal superior à da ofensa à integridade física grave. Não obstante, e no que concerne às alterações legislativas ao Código Penal, que a referida Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, introduziu, atrevemo-nos a apontar as seguintes críticas:

- O legislador omitiu a punição do incitamento à automutilação, o que leva a que nas situações de mutilação auto provocada, o agente que incitou a automutilação não seja punido;

- O mesmo se diga no que respeita à punição de quem constranger, criar condições ou prestar ajuda à vítima para que se auto mutile;

- Não são especificados quais os atos preparatórios que são punidos autonomamente, contrariamente ao previsto no artigo 154.º-C, *i. e.*, atos preparatórios do casamento forçado, o qual dá como exemplo o ato de atrair a vítima para território

diferente do da sua residência com o intuito de a constranger a contrair matrimônio;

- Não se procedeu à alteração do n.º 3 do artigo 6.º, o que poderá desencadear, como mais à frente se irá analisar, a impunidade dos intervenientes que cometeram o crime fora do território nacional;

- Não existem penas acessórias que inibam o agente das responsabilidades parentais.

Antes de prosseguir para o objeto do nosso estudo propriamente dito, e que será melhor escalpelizado no 4.º capítulo, para já, debruçar-nos-emos sumariamente na análise da norma criminalizadora da Mutilação Genital Feminina.

3.1. CONCEITO E TIPOS DE MGF

Em Declaração Conjunta, de 1997, a Organização Mundial da Saúde (OMS), o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) e o Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA) definiram a mutilação genital feminina, como “todas as intervenções que envolvam a remoção parcial ou total dos órgãos genitais femininos externos ou que provoquem lesões nos órgãos genitais femininos, por razões não médicas”¹⁹. Assim, qualquer prática que se traduza no corte dos órgãos genitais femininos, seja total ou parcial, e cujos motivos não se prendam com fins medicinais é considerado MGF.

A referida Declaração Conjunta classifica a MGF em quatro categorias²⁰:

O tipo I refere-se à clitoridectomia, também denominado como *sunna*, que significa tradição em árabe. A clitoridectomia consiste na remoção parcial ou total do clítoris e/ou do prepúcio. A clitoridectomia subdivide-se no tipo Ia, que diz respeito à remoção apenas do prepúcio (capuz) do clítoris; e no tipo Ib, que respeita à remoção do clítoris com o prepúcio.

A clitoridectomia é, na verdade, um procedimento mais grave do que comumente é descrito, pois o ato de retirar o capuz do clítoris requer bastante habilidade, instrumentos cirúrgicos e conhecimento de anatomia, que por sua vez não estão disponíveis onde estes procedimentos são tradicionalmente executados, o que leva a que a “simples” remoção do capuz do clítoris danifique consequentemente o próprio

¹⁹ Organização Mundial da Saúde (2008) “Eliminação da Mutilação Genital Feminina: Declaração Conjunta”. *op. Cit.* p. 6.

²⁰ *Ibidem* p. 6.

clitóris²¹.

O tipo II diz respeito à excisão, que consiste na remoção parcial ou total do clítoris e dos pequenos lábios, com ou sem excisão dos grandes lábios. Este tipo subdivide-se em três subtipos: o tipo IIa, em que são removidos apenas os pequenos lábios; o tipo IIb, no qual é removido parcial ou totalmente o clítoris e os pequenos lábios; e o tipo IIc, que respeita à remoção parcial ou total do clítoris, dos pequenos lábios e dos grandes lábios.

A excisão difere da clitoridectomia já que neste caso são removidos os pequenos lábios e/ou os grandes lábios.

O tipo III, que respeita à infibulação, consiste no estreitamento do orifício vaginal através da criação de uma membrana selante, pelo corte e aposição dos pequenos lábios e/ou dos grandes lábios, com ou sem excisão do clítoris. A infibulação também se subdivide em dois tipos: o tipo IIIa, que se traduz na remoção e aposição dos pequenos lábios; e o tipo IIIb, que consiste na remoção e aposição dos grandes lábios.

A infibulação ou excisão faraônica²² traduz-se no tipo mais doloroso e cruel de todos, e é uma prática que se perpetua em alguns países, nomeadamente na Somália, porque ainda hoje os homens se recusam casar com uma mulher não infibulada, ou, como lhe chamam, mulher “aberta”. O procedimento consiste em extrair os genitais femininos, tal como referido supra, para de seguida a excisadora fechar os grandes lábios cosendo-os com espinhos de acácia, deixando uma pequena abertura, não maior que um grão de milho, que permite apenas a passagem de urina e menstruação²³. Além dos riscos que este tipo de intervenção implica, tais como dores intensas, sangramento excessivo, choque hipovolémico, infeções, dificuldades em urinar, dano psicológico, e até mesmo a morte, uma mulher que foi sujeita a infibulação acabará por se sujeitar a desfibulação, ou seja, a abertura do orifício vaginal para permitir a penetração na relação sexual, bem como para permitir o parto. No entanto, em alguns países, existe a prática de após uma desfibulação, haver uma reinfibulação, o que, por sua vez, poderá originar uma nova desfibulação²⁴.

²¹ Guy, Blake M. (1995) “Female Genital Excision and the Implications of Federal Prohibition”. *William & Mary Journal of Women and the Law*. Vol. 2, p. 125.

²² “Nome que encontra sua justificação no facto de este tipo de procedimento ter tido origem no Vale do Nilo, havendo historiadores que fazem referência a análises forenses realizadas nas múmias de Nefertiti e Cleópatra que comprovam que foram sujeitas a mutilações genitais”. (Ribeiro de Faria, 2016: 102)

²³ Hosken, Fran P. (1993) “The Hosken Report: Genital and Sexual Mutilation of Females” <https://www.middle-east-info.org/league/somalia/hosken.pdf> [11 de março de 2019] p. 114.

²⁴ Organização Mundial da Saúde (2008) “Eliminação da Mutilação Genital Feminina:

Por fim, o tipo IV, onde se inclui todas as outras intervenções nefastas sobre os órgãos genitais femininos por razões não médicas, por exemplo: punção/picar, perfuração, incisão/corte, escarificação e cauterização.

Não entanto, aqui entramos numa zona cinzenta, uma vez que o tipo IV não é tão exigente na definição do conceito, tal como se figura nos outros tipos.

Tratando-se de intervenções por razões médicas não existe crime, no entanto, o legislador não especificou quais os procedimentos médicos aqui abrangidos. Além disso, de acordo com o n.º 3 do artigo 149.º, mesmo que haja consentimento da vítima este não exclui a ilicitude da mutilação genital. Ora, pense-se por exemplo nas cirurgias estéticas nos genitais femininos, cada vez mais em voga nos dias que correm, tais como as labioplastias (corte ou redução dos pequenos lábios), as vaginoplastias, a redução ou corte do prepúcio do clitóris, entre outras, e que são fortemente procuradas nos países ocidentais para tornar os genitais femininos mais bonitos²⁵. Não estaremos perante cortes dos genitais femininos por razões não médicas, mas puramente estéticas? Como é que se difere dos cortes dos genitais onde o ritual de MGF é prática costumeira, e muitas mulheres até aceitam e querem ser submetidas a tal ritual?

Não existindo uma definição clara de razões médicas ou terapêuticas como limitativas ou justificativas da ofensa, existe o perigo da terminologia ser usada como lacuna para justificar a mutilação genital feminina.

No demais, a verdade é que, de certa forma, com a introdução do n.º 3 do artigo 149.º retirou-se autonomia à mulher adulta no que toca ao seu consentimento em alterar os seus genitais por razões não médicas.

Todavia, o cerne da questão é, como interpretar o art.º 144.º-A de forma a não cair na discriminação e consequentemente na violação do princípio da igualdade, já que, por um lado temos as cirurgias estéticas, muito procuradas por mulheres ocidentais, e por outro, os rituais de MGF, fortemente enraizados em algumas culturas africanas.

Maria Paula Ribeiro de Faria entende que existem apenas duas possibilidades, que são a aplicação do princípio bagatela e desconsiderar a lesão na integridade física da mulher de forma a legitimar as cirurgias do foro estético por si consentidas, o que implica a infração da proibição da lesão dos genitais femininos por razões não médicas, ou depreende-se que o legislador quis somente condenar as mutilações genitais femininas, no sentido literal da palavra (mutilação), que implicam práticas bárbaras e

Declaração Conjunta” *op. Cit.* p. 38.

²⁵ Cunha, Manuela Ivone (2013) “Género, cultura e justiça: A propósito dos cortes genitais femininos” *Análise Social*. 209, XLVIII (4.^a), p. 848.

discriminatórias, excluindo, desta forma, as outras condutas, tais como as cirurgias estéticas²⁶.

3.2. O BEM-JURÍDICO OFENDIDO

Feita a análise do conceito de MGF, importa empreender uma análise do bem jurídico protegido.

De acordo com os ensinamentos de Figueiredo Dias, bem jurídico é “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou na integridade de um certo estado, objecto ou bem, que seja socialmente relevante e por isso reconhecido como valioso”²⁷.

O crime de MGF encontra-se inserido no Capítulo dos crimes contra a integridade física, o que, numa primeira análise, parece claro que o legislador pretende tutelar a integridade física. Alguns autores entendem que o bem jurídico que se pretende proteger vai além da tutela da integridade física.

Peguemos de empréstimo as palavras de Maria Paula Ribeiro de Faria ao afirmar que “o bem jurídico comprometido por este tipo de rituais não parece ser exatamente o mesmo que subjaz aos tipos legais de crime de ofensas à integridade física, uma vez que não se afeta aqui apenas a integridade corpórea da vítima, mas também a sua liberdade sexual e a sua igualdade perante os homens no mesmo grupo social”²⁸.

No mesmo sentido, também entende Mário Ferreira Monte que o bem jurídico em causa é a integridade física, tendo como objeto específico o aparelho genital feminino, dado se encontrar inserido nos crimes contra a integridade física. O autor defende que apesar de aparentemente o legislador ter prescindido de proteger outro tipo de interesses, entende que não seria apenas a integridade física que terá estado na base da tipificação autónoma da MGF, uma vez que esta já estaria abrangida pelo art.º 144.º do CP. Concluindo que a pretensão do legislador seria a de proteger também a integridade psíquica, mental e sexual das vítimas, bem como a igualdade, entendendo que apenas assim fará sentido a autonomização do crime em causa²⁹.

²⁶ Faria, Maria Paula Ribeiro de (2016) “A Convenção de Istambul e a Mutilação Genital Feminina” *Combate à Violência de Género: Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*. p. 120.

²⁷ Figueiredo Dias, Jorge de (2007) *Direito Penal, Parte Geral*. Tomo I, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora. p. 114

²⁸ Faria, Maria Paula Ribeiro de, (2016) “A Convenção de Istambul e a Mutilação Genital Feminina”. *op. cit.* p. 105

²⁹ Monte, Mário Ferreira (2016) “Mutilação Genital, Perseguição (*Stalking*) e Casamento Forçado: Novos tempos, novos crimes” *Revista Julgar*. n.º 28, p. 75 e 76.

Note-se que a ofensa ao aparelho genital não é uma dor momentânea, a lesão é permanente na vida da vítima, pois as dores são constantes, a capacidade de fruição sexual é prejudicada, tal como a sua saúde e a integridade psíquica (após sujeição ao trauma da mutilação).

A liberdade sexual é um bem jurídico a que se reportam os crimes previstos no artigo 163.º e ss. do CP, motivos pelos quais entendemos que não é a liberdade sexual da vítima de MGF que é afetada no seu sentido estrito, pois não está aqui em causa a prática de ato sexual de relevo, v. g. não consentida ou por coação. Está antes em causa a sua capacidade de fruição sexual, que se encontra integrada no bem jurídico integridade física, tal como a saúde e a integridade psíquica. Como tal, o centro de proteção material da mutilação genital feminina é a integridade física, sendo o objeto da conduta o aparelho genital feminino, pelo que o crime de MGF é um crime simples.

Paulo Pinto de Albuquerque afirma que o bem jurídico protegido é o aparelho genital feminino³⁰, não podendo deixar de se fazer aqui um reparo na medida em que houve confusão com o objeto da ação, que é o aparelho genital feminino, dado que o bem jurídico é, como se referiu, a integridade física.

O direito à integridade pessoal é um direito salvaguardado pela nossa Constituição da República Portuguesa (CRP) no artigo 25.º, onde se lê, no n.º 1, que “a integridade moral e física das pessoas é inviolável”, e no n.º 2 que “ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos”. Este direito abrange tanto a integridade moral, como a integridade física de cada pessoa, que consiste “num direito a não ser agredido ou ofendido, no corpo ou no espírito, por meios físicos ou morais”³¹.

Tratando-se de um direito que defende a pessoa humana, a CRP enfatiza o mesmo ao afirmar que a integridade das pessoas é inviolável, e que, mesmo no caso de suspensão do exercício de direitos fundamentais, a declaração de estado de sítio ou do estado de emergência não pode em caso algum afetar o direito à integridade pessoal, de acordo com o n.º 6 do artigo 19.º da CRP³².

³⁰ Albuquerque, Paulo Pinto de (2015) *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora. p. 563.

³¹ Canotilho, José J. Gomes; Moreira, Vital (2007) *Constituição da República Portuguesa* Anotada. Coimbra: Coimbra Editora p. 454.

³² *Ibidem* p. 454.

3.3. CLASSIFICAÇÃO DO CRIME

Revestem a forma de crime as condutas socialmente reprováveis, desde que anunciadas na lei penal substantiva, e como tal são passíveis de punição no nosso ordenamento jurídico. Nos crimes existe sempre a lesão ou o perigo de lesar bens juridicamente protegidos. Poder-se-á afirmar que crime traduz-se num facto humano voluntário, por ação ou omissão (art.º 10.º), que seja típico, ilícito e culpável³³.

No que respeita à conduta típica, o crime de MGF é “quem mutilar genitalmente, total ou parcialmente, pessoa do sexo feminino através de clitoridectomia, de infibulação, de excisão ou de qualquer outra prática lesiva do aparelho genital feminino por razões não médicas”. O tipo objetivo compreende a lesão do aparelho genital feminino, punindo-se, portanto, a ação de mutilar os genitais femininos, ainda que total ou parcialmente, seja sob a forma de clitoridectomia, infibulação, excisão ou outra prática suscetível de lesar o aparelho genital por motivos não médicos.

A MGF é um crime de resultado (crime material) e de dano, pois exige-se a lesão no bem jurídico protegido (integridade física) para que o agente seja punido. A MGF é também um crime comum, na medida em que o agente do crime é indeterminado (“quem mutilar genitalmente”), ou seja, a prática do crime não se reporta a uma pessoa em específico, pode ser qualquer pessoa a praticá-lo. Embora na realidade o crime seja perpetrado por familiares próximos da vítima (por razões culturais) o legislador não teve esse detalhe em conta para definir o crime de MGF como crime específico, nem tão pouco para o qualificar³⁴.

Na verdade, o que sucede no seio destas famílias é que um familiar próximo da vítima (a mãe, a avó, etc.) solicita os serviços de uma excisadora para que esta pratique o facto, não sendo o próprio familiar a praticá-lo. Não há dúvidas que nestes casos o agente do crime é quem pratica a ação de mutilação dos genitais da vítima – a excisadora. E o familiar que solicitou os seus serviços, como puni-lo? Matéria sobre a qual nos debruçaremos mais adiante no 4.º capítulo.

Quanto ao tipo subjetivo, o crime de MGF é um crime doloso, na medida em que existe vontade de realizar o facto típico (art.º 14.º do CP). Há dolo, em todas as suas formas, já que a finalidade do agente é a prática do facto típico e ilícito. No entanto, também há situações em que o agente quer realizar o facto típico, acreditando que o

³³ Marques da Silva, Germano (2015) *Direito Penal Português – Teoria do Crime*. Lisboa: Universidade Católica Editora. p. 12.

³⁴ Monte, Mário Ferreira (2016) “Mutilação Genital, Perseguição (*Stalking*) e Casamento Forçado: Novos tempos, novos crimes”. *op. cit.* p. 76.

mesmo é lícito, existido, nestes casos, erro sobre a ilicitude.

Não se vislumbra causas que justifiquem o crime de MGF, nem mesmo o consentimento da vítima exclui a ilicitude, por força do n.º 3 do artigo 149.º do CP³⁵.

3.4. ERRO SOBRE A ILICITUDE

Vimos que o crime de MGF é punido a título de dolo, porém ainda existem situações em que os agentes não tinham conhecimento sobre a sua ilicitude, já que a conduta faz parte da sua cultura, não tendo o agente sequer representado essa contrariedade à lei.

O erro sobre a ilicitude refere-se aos casos em que o agente atua com conhecimento de todos os elementos da ofensa, e portanto, com intenção, mas acredita, erroneamente, que age lícitamente.

Não obstante o agente do crime atuar sem consciência da ilicitude do facto, o erro a que se reporta o artigo 17.º do CP, é, em regra, censurável.

A MGF é condição de integração social, bem como da proteção no seio do grupo, sobretudo quando este é muito fechado e enfrenta especiais dificuldades. Mas será esta condição suficiente para justificar aquela prática lesiva?

O n.º 5 do artigo 12.º e o artigo 42.º da CI proíbem, em absoluto, quaisquer formas de justificação baseadas na cultura, no costume, na religião, na tradição ou na honra, pelo que a resposta parece ser negativa.

Como tal, o agente age sem culpa face à incorreta representação de valores (justificados por motivações de ordem cultural, costumeira, religiosa, social ou tradicional), se o erro não lhe for censurável (n.º 1 do art.º 17.º do CP), ou seja, se o agente não tinha a mínima consciência de que o ato praticado é ilícito. A culpa é excluída, mas não o dolo pois existe a vontade de realizar o tipo.

Por outro lado, para que o erro seja censurável basta que o agente represente que o seu ato poderá ser contrário à lei, como por exemplo, a sua atuação ser realizada de forma clandestina. A culpa não é excluída, podendo, no entanto, a pena ser especialmente atenuada, nos termos do n.º 2 do artigo 17.º do CP, *a contrario*.

³⁵ Sobre esta matéria ver item a) do 4.º capítulo.

3.5. FORMAS ESPECIAIS DO CRIME: A PUNIBILIDADE DOS ATOS PREPARATÓRIOS E DA TENTATIVA

A mera decisão de cometer o crime não é punível³⁶. Carece de relevância a conduta interna do agente, importando para o Processo Penal, se a sua conduta externa constitui um tipo de ilícito objetivo, havendo, nestes casos, lugar à punição do agente.

O *iter criminis* é algo complexo, existe todo um conjunto de etapas, não necessariamente idênticas em todos os crimes dolosos, mas cuja estrutura, após decisão de cometimento do crime, inicia-se com a sua preparação até à efetiva consumação do tipo ilícito.

Os atos preparatórios, como refere Figueiredo Dias, “são aqueles que antecedem temporalmente e segundo a natureza das coisas a execução de um ilícito-típico”³⁷. Dito por outras palavras, são aqueles que precedem a consumação do tipo, mas não os que dão início à realização do mesmo (que são os atos de execução).

Em regra, os atos preparatórios não são puníveis, salvo disposição que contrarie esta premissa (art.º 21.º CP).

Como tal, a lei prevê, em determinados casos, a punição dos atos preparatórios, que, embora não constituam isoladamente um tipo de ilícito, criam, porém, logo à partida, perigo para o bem jurídico protegido, sendo elevada a probabilidade de realização do facto.

Desta forma, e com a urgente necessidade de prevenir o cometimento de mutilações genitais femininas, o nosso legislador, ao autonomizar o crime de MGF, implementou, na lei substantiva penal, a punição dos atos preparatórios no n.º 2 do artigo 144.º-A.

No entanto, o legislador não especificou o que é um ato preparatório da MGF, isto é, falta uma descrição do que poderá ser considerado ato preparatório, ao contrário do que foi estipulado para o crime de casamento forçado no artigo 154.º-C, onde se prevê que é considerado ato preparatório atrair a vítima para território diferente do da sua residência com o intuito de a constranger a contrair casamento. Esta omissão por parte do legislador, no que concerne aos atos preparatórios imputados ao crime de MGF, levanta problemas de legalidade, bem como de necessidade, na medida em que se desconhecem quais os atos preparatórios que merecem punição. Deixando, desta forma, ao critério do julgador entender o que é, ou não, considerado ato preparatório.

³⁶ Figueiredo Dias, Jorge de (2007) *Direito Penal, Parte Geral. op. cit.* p. 681.

³⁷ *Ibidem* p. 682.

Não obstante, parece-nos claro que o ato de atrair a vítima para território diferente da sua residência habitual, para aí ser submetida a mutilação genital, pode ser considerado ato preparatório, uma vez que, não raras vezes, as raparigas imigrantes em Portugal que pertencem a comunidades onde é tradição a prática do corte dos genitais, são atraídas ao país natal, sob falso pretexto, para aí serem constrangidas à MGF.

A tentativa de MGF, que corresponde às situações em que o agente não conseguiu realizar o tipo, por motivos imputáveis ou não à sua vontade, também é punível dado a pena estatuída para a consumação efetiva do crime ter um limite máximo superior a 3 anos de prisão, tal como é exigido no n.º 1 do artigo 23.º do CP.

3.6. CONCURSO DE CRIMES

Como se verá mais adiante, o crime de MGF não é uma novidade no nosso Código Penal, dado que a conduta já era criminalizada no nosso ordenamento jurídico. A Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, veio apenas autonomizar uma conduta que já era considerada crime *a priori*.

O crime a que nos referimos são as ofensas à integridade física grave, motivo pelo qual o crime de MGF está numa relação de concurso aparente com o primeiro.

No entanto, quando a MGF é praticada em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade, *v. g.*, nos casos em que é praticada pelos pais da vítima, realiza-se o crime de ofensa à integridade física qualificada, de acordo com a leitura do artigo 145.º, n.º 1, alíneas b) e c) e o n.º 2, conjugado com o artigo 132.º, n.º 2 do Código Penal.

O crime de MGF tem uma ligação de concurso efetivo real com os crimes contra a liberdade, como a coação, o sequestro e a tomada de reféns³⁸, na medida em que o agente pratica vários atos que preenchem autonomamente vários crimes³⁹, *v.g.*, o agente, por meio de violência ou ameaça, constrange pessoa do sexo feminino para que se submeta à mutilação nos genitais, ou, noutro exemplo, o agente que priva criança da sua liberdade com a finalidade de ser mutilada. Também há concurso efetivo ideal com alguns crimes contra a integridade física, tais como, a violência doméstica, os maus

³⁸ Albuquerque, Paulo Pinto de (2015) *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. op. cit.* p. 563.

³⁹ Acórdão STJ, proc. n.º 04P3210, datado de 13 de outubro de 2004, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f4cbe2ecdeea9311802571bc003d0d06?OpenDocument> [13 de junho de 2019].

tratos, e o crime de dano com violência⁴⁰, quando através da mesma ação são violadas uma pluralidade de normas penais⁴¹.

⁴⁰ Albuquerque, Paulo Pinto de (2015) *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. op. cit.* p. 563.

⁴¹ Acórdão STJ, proc. n.º 04P3210, datado de 13 de outubro de 2004.

4. A MGF NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

Aqui chegados, cumpre uma análise ao tema central da nossa dissertação: a falta de previsão do incitamento à automutilação e a impunidade dos agentes que praticam o ilícito típico fora do território nacional entre os comparticipantes do crime de mutilação genital feminina.

Começaremos, antes de mais, por analisar como era criminalizada a MGF antes de 5 de agosto de 2015.

4.1. PRÉ-EXISTÊNCIA DO CRIME DE OFENSA À INTEGRIDADE FÍSICA GRAVE

No nosso ordenamento jurídico, antes de entrar em vigor a Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, o crime de MGF configurava um crime de ofensas à integridade física grave, nos termos do artigo 144.º do CP. O bem jurídico protegido é (e continua a ser) a integridade física, que se encontra tutelado no Capítulo III, nos artigos 143.º e seguintes do CP, sob a epígrafe “Dos Crimes contra a integridade física”.

As práticas de MGF, tendo em conta as lesões graves que provocam, configuravam um crime de ofensas à integridade física grave, cuja previsão legal, no referido artigo 144.º do CP, é a seguinte⁴²:

“Quem ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa de forma a:

a) Privá-lo de importante órgão ou membro, ou a desfigurá-lo grave e permanentemente;

b) Tirar-lhe ou afetar-lhe, de maneira grave, a capacidade de trabalho, as capacidades intelectuais, de procriação ou de fruição sexual, ou a possibilidade de utilizar o corpo, os sentidos ou a linguagem;

c) Provocar-lhe doença particularmente dolorosa ou permanente, ou anomalia psíquica grave ou incurável;

d) Provocar-lhe perigo para a vida;

é punido com pena de prisão de dois a dez anos.”

A este propósito, afirma Augusto Silva Dias, no seu artigo intitulado “*Faz Sentido Punir o Ritual do Fanado? Reflexões sobre a Punibilidade da Excisão Clitidorianana*”, que a mutilação genital feminina representa uma ofensa corporal grave

⁴² Apesar da alteração legislativa da Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, o texto do art.º 144.º permaneceu imutável.

do artigo 144.º do CP, subsumindo a MGF, mais concretamente, os atos de excisar e infibular o órgão genital feminino, na alínea a) do referido artigo, pois considera que há a privação de importante órgão⁴³.

A privação de órgão ou membro consiste na supressão total de um órgão ou membro ou da sua utilidade funcional⁴⁴.

O Professor Augusto Silva Dias, afirma que “sobretudo nas modalidades de excisão propriamente dita e de infibulação, a mutilação priva a vítima de um importante órgão, isto é, de uma parte do corpo que cumpre um papel relevante no desempenho de uma função final do organismo: no caso, a função sexual. Trata-se de uma espécie de castração. A comunidade pode atribuir maior ou menor relevância à fruição plena da sexualidade pelos seus membros, que isso em nada altera a circunstância de que à criança excisada é negada a possibilidade de desfrutar no futuro essa experiência”⁴⁵.

Por outras palavras, além da privação do órgão genital feminino, a criança jamais terá a possibilidade de usufruir de uma vida sexual plena uma vez que lhe foi retirada essa possibilidade. Isto porque, de acordo com este entendimento, a prática de MGF poderá também consubstanciar uma lesão na fruição sexual, que se enquadra na alínea b) do artigo 144.º do CP. A este propósito, a afetação na capacidade de fruição sexual pode verificar-se em relação a pessoa em idade infantil, como é o caso da mutilação genital feminina, no entanto, a situação é diferente em relação ao adulto⁴⁶.

A criminalização das ofensas graves à capacidade de fruição sexual é relativamente recente, tendo a alínea b) do artigo 144.º do CP sido reformulada através da Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, permitindo, desta forma, que o texto legislativo abrangesse as ofensas corporais graves que afetem a capacidade de fruição sexual. A este propósito, a Procuradora da República Helena Martins Leitão, entende que a inclusão do “prazer sexual” entre os bens jurídicos protegidos pelo tipo legal da norma, estabelece o mesmo como um valor indissociável do direito à integridade física e ao usufruto do corpo, o que permitiu alargar a tutela penal aos casos de MGF⁴⁷.

⁴³ Dias, Augusto Silva (2006) “Faz sentido punir o ritual do fanado? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana” <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Dias-Augusto-Silva-Faz-sentido-punir-o-ritual-do-fanado-Reflexoes-sobre-a-punibilidade-da-excisaoclitoridiana.pdf> [11 de setembro de 2018] p. 16.

⁴⁴ Albuquerque, Paulo Pinto de (2015) *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. op. cit. p. 563.

⁴⁵ Dias, Augusto Silva (2006) “Faz sentido punir o ritual do fanado? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana”. op. cit. p. 16.

⁴⁶ Albuquerque, Paulo Pinto de (2015) *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. op. cit. p. 563.

⁴⁷ Leitão, Helena Martins (2013) “A mutilação genital feminina à luz do Direito Penal

A prática de mutilação genital também seria subsumível na alínea d) do mesmo artigo, caso as lesões provocadas originassem perigo para a vida da vítima.

Não obstante, poder-se-ia integrar os factos da MGF, no tipo “ofensas à integridade física qualificada”, disposto no artigo 145.º do CP, quando estas fossem produzidas em circunstâncias que revelassem especial censurabilidade ou perversidade do agente, cujas circunstâncias estão explanadas no n.º 2 do artigo 132.º do CP. O aludido preceito legal enuncia que é passível de revelar especial censurabilidade ou perversidade, a circunstância de o agente “praticar o facto contra pessoa particularmente indefesa, em razão de idade, doença ou gravidez”. Pelo que a circunstância de a vítima ser menor de idade consubstancia o crime de ofensa à integridade física qualificada.

Por outro lado, no que concerne à integridade física da mulher adulta, dispõe o n.º 1 do artigo 149.º do CP que “para efeito de consentimento a integridade física considera-se livremente disponível”, como tal, sendo um bem disponível carece do consentimento da pessoa, prevendo o artigo 38.º do CP, no n.º 2, que só é eficaz quando prestado por quem tiver idade superior a 16 anos, desde que possua o discernimento de avaliar o seu sentido e alcance. O referido artigo 149.º determina que o facto não pode ofender os bons costumes, nos termos do n.º 2. Nesta leitura, mesmo que a vítima tenha idade superior a 16 anos, bem como discernimento para avaliar a amplitude do facto, a prática seria penalizada uma vez que contraria os bons costumes. “Os bons costumes consistem em normas de conduta de carácter não jurídico que refletem as regras dominantes da moral social de uma determinada época e de um certo meio⁴⁸”. O n.º 2 do artigo 149.º do CP refere que para aferir a contrariedade aos bons costumes, são tidos em conta os motivos e os fins do agente ou do ofendido, assim como os meios empregados e a amplitude previsível da ofensa. Ora, tendo em conta que, nestes casos, os motivos do agente ou do ofendido são de índole cultural ou tradicional, existe uma reprovação moral pela sociedade uma vez que esses motivos jamais poderão sobrepor-se a direitos mais relevantes, como o direito à integridade física.

De todo o modo, poder-se-ia indagar se o consentimento da mulher com idade superior a 16 anos a submeter-se a MGF é, de facto, consciente e esclarecido, na medida em que existe a pressão social de ser aceite, de integrar uma comunidade e de não quebrar as tradições do seu povo. A resposta parece-nos ser negativa.

português: da necessidade de alteração do seu regime legal” *Revista do Ministério Público*, n.º 136, p. 106.

⁴⁸ Acórdão do STJ, de 21 de março de 2013, Proc. N.º 637/1999.L1.S1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5f55ed9448508aad80257b35005ef341?OpenDocument> [13 de junho de 2019].

A Lei n.º 59/2007 veio, ainda, introduzir a alínea d) do n.º 1 do artigo 5.º do CP, o que veio permitir que a lei penal portuguesa pudesse ser aplicada a crimes cometidos fora do território nacional, designadamente, o crime previsto no artigo 144.º “sendo a vítima menor, desde que o agente seja encontrado em Portugal e não possa ser extraditado ou entregue em resultado de mandado de detenção europeu ou de outro instrumento de cooperação internacional”.

Vimos já que a prática de MGF, antes da alteração legislativa ao Código Penal através da Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, e que a autonomizou como crime, era punida no ordenamento jurídico português, enquadrando-a no tipo de um crime de ofensa à integridade física grave. Não obstante, nem todos os tipos de cortes da tabela de classificação da OMS, referidos no subcapítulo 3.1., estavam integrados como crime de ofensa à integridade física grave, apesar da alteração legislativa à alínea b) do artigo 144.º do CP, através da já referida Lei n.º 59/2007, que passou a abranger os casos que afetam a capacidade de fruição sexual. Como tal, não constitui ofensa à integridade física grave a clitoridectomia (tipo Ia, da tabela organizada pela OMS), ou seja, a remoção do prepúcio do clitóris, em que é apenas removido o capuz que cobre o clitóris, mantendo-se este intacto.

Nesta situação em concreto, entende Helena Martins Leitão que “difícilmente se poderá falar de prejuízo para a capacidade de fruição sexual da vítima ou de desfiguração grave e permanente, na medida em que a integridade dos órgãos genitais femininos não terá sido atingida pelo corte”. Rematando que, neste caso, a prática é enquadrável no tipo de ofensa à integridade física simples, do artigo 143.º do CP, constituindo assim um crime semi-público⁴⁹.

A este propósito, convém mencionar que os tipos legais de crime de ofensa à integridade física grave e o crime de ofensa à integridade física qualificada têm natureza pública, pelo que o procedimento criminal não depende de queixa para ser instaurado. Por seu turno, o crime de ofensa à integridade física simples, tratando-se de um crime semi-público, o procedimento criminal depende de queixa, o que, tal como é referido pela Procuradora da República Helena Martins Leitão, a “qualidade pública dos crimes em análise é particularmente importante em situações de mutilação genital feminina (...) na esmagadora maioria dos casos as vítimas destes atos são menores, incapazes de se determinarem ou de expressarem de forma cabal a sua vontade nessa matéria e, em regra, representadas legalmente pelos seus pais, eventuais co-responsáveis pelas ofensas

⁴⁹ Leitão, Helena Martins (2013) “A mutilação genital feminina à luz do Direito Penal português: da necessidade de alteração do seu regime legal”. *op. cit.* p. 112.

a que as crianças e adolescentes foram sujeitas”⁵⁰.

Também nos procedimentos a que se refere o Tipo IV de mutilação genital feminina, caberia ao julgador apurar “caso a caso, que ofensa à integridade física foi cometida, se simples ou agravada, posto que aquele tipo IV constitui uma espécie de «caldeirão» onde cabem todos os outros atos, não especificados, susceptíveis de constituírem mutilação genital feminina”⁵¹.

Feito o enquadramento legal precedente à autonomização da MGF no ordenamento jurídico português, conclui-se que de facto a sua autonomização era necessária. Por esse motivo surgiram as propostas de lei, já referidas no 3.º capítulo, bem como vários pareceres e artigos a defender essa mesma posição.

Salientamos as palavras da Procuradora da República Helena Martins Leitão ao afirmar que “a alteração introduzida pela Lei n.º 59/2007, de 4-09, à al. b) do art.º 144.º do Código Penal não cumpre integralmente o desiderato de incriminar de forma cabal todas as práticas de mutilação genital feminina”, e que “caso a intenção do legislador seja a da tutela criminal completa dos bens jurídicos atingidos por este fenómeno, deverá voltar a equacionar-se a redacção do artigo 144.º do Código Penal”⁵².

No mesmo sentido, sublinhamos o parecer da APAV, no qual se congratulou com as iniciativas dos Grupos Parlamentares que apresentaram os Projetos de Lei referentes à tipificação autónoma do crime de MGF, e que destacou “a importância do reconhecimento social desta prática cultural nefasta, de consequências graves, permanentes e irreversíveis para a saúde física e psíquica das suas vítimas, colmatando ambiguidades e equívocos anteriormente verificados na interpretação da lei vigente e cumprindo o previsto no n.º 1 do artigo 45.º da Convenção de Istambul”⁵³.

Em sentido diverso, o Grupo de Juristas da Amnistia Internacional de Portugal entendeu, após um estudo com base em aspetos teóricos, que “a tipificação penal autónoma da MGF não é necessária, nem tão pouco defensável à luz da teoria da lei penal”⁵⁴.

⁵⁰ *Ibidem* p. 108.

⁵¹ *Ibidem* p. 113.

⁵² *Ibidem* p. 121.

⁵³ APAV: Apoio à Vítima (2014) “Parecer da APAV sobre as implicações legislativas da Convenção de Istambul do Conselho da Europa para a prevenção e o combate à violência contra as mulheres e a violência doméstica” https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/Parecer_da_APAV_relativo_as_implicacoes_legislativas_da_Convencao_de_Istambul.pdf [10 de outubro de 2017] p. 13.

⁵⁴ Grupo de Juristas AI Portugal (2008) “Mutilação Genital Feminina: A questão da tipificação penal” https://www.amnistia.pt/wp-content/uploads/2017/06/Parecer_MGF_GJ_AI.pdf [10 de outubro de 2017] p. 18.

4.2. AUTONOMIZAÇÃO DO CRIME DE MGF NO CÓDIGO PENAL

Tendo em conta as lacunas que o ordenamento jurídico português apresentava no que respeita à penalização das práticas de MGF, esta foi finalmente autonomizada como crime no nosso Código Penal em 2015. No entanto, a mesma ainda se encontra longe de estar perfeita, como se verá de seguida.

a) FALTA DE PREVISÃO DO INCITAMENTO À AUTOMUTILAÇÃO

A automutilação define-se como uma violação da própria integridade física que abrange todas as práticas suscetíveis de provocar lesões nos tecidos ou órgãos, na remoção, total ou parcial, de um órgão, ou de um membro da pele e seus anexos, passíveis de comprometer o seu bom funcionamento e vitalidade⁵⁵.

Para fins deste estudo, importam as situações de instigação a atos de automutilação dos genitais femininos.

O incitamento à automutilação diz respeito ao ato de instigar ou incentivar alguém a praticar sobre si mesmo a mutilação, dito por outras palavras, corresponde ao comportamento de instigação, suscitando na vítima a decisão de se automutilar.

O n.º 1 do artigo 144.º-A, do CP prevê que “quem mutilar genitalmente, total ou parcialmente, pessoa do sexo feminino (...) é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos”. A referida disposição penal não prevê os casos de instigação à automutilação, significando isto que a conduta não é punível naqueles termos, dado não existir uma disposição análoga à do artigo 135.º do CP, que tem como epígrafe “Incitamento ou ajuda ao suicídio”.

Tal não sucederia se o legislador, ao autonomizar o crime de MGF no CP, levasse em consideração o que veio estipulado na CI, designadamente, no respeitante à alínea c) do artigo 38.º, onde se lê que “as partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar a criminalização da conduta de quem intencionalmente incitar, constranger ou criar as condições para que uma rapariga se submeta a qualquer um dos atos enumerados na alínea a)”.

De acordo com o relatório explicativo da CI⁵⁶, o legislador considerou

⁵⁵ Scharbach, Hugues (1986), *Auto-mutilations et auto-offenses*. Paris: Presses Universitaires de France, p. 5.

⁵⁶ Relatório Explicativo da Convenção de Istambul (2011), disponível em: <https://rm.coe.int/16800d383a> [10 de outubro de 2017] p. 34.

importante diferenciar entre vítima-mulher e vítima-rapariga, visto que a alínea b), do mencionado preceito legal, refere-se a situações de constrangimento e de criação de condições para que uma mulher se submeta à prática de MGF. Ao deixar de parte os casos de incitamento, na aludida alínea, a pretensão do legislador não será de criminalizar o ato de instigar uma mulher adulta à prática de MGF. Esta diferenciação prende-se com a maturidade da mulher para entender o sentido e alcance de uma MGF, sendo o critério diferenciador em termos jurídico-penais a idade.

Para efeitos desta Convenção, o artigo 3.º da Convenção Europeia para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, *vulgo* Convenção de Lanzarote, entende-se por criança qualquer pessoa que tenha menos de 18 anos de idade. Por conseguinte, para o Direito Internacional Convencional, entende-se que rapariga é uma pessoa do género feminino com idade inferior a 18 anos e mulher com idade superior a 18 anos. Embora no nosso ordenamento jurídico, de acordo com o Código Penal, essa idade está fixada nos 16 anos (ao qual voltaremos adiante).

Posto isto, como responsabilizar jurídico-penalmente um agente que incita uma pessoa do género feminino a praticar automutilação?

A resposta não é tão linear quanto parece, pois, ao socorrermo-nos do n.º 1 do artigo 144.º-A do CP, o autor material do crime é quem mutila genitalmente pessoa do sexo feminino. Dito por outras palavras, é autor aquele que pratica a ação de mutilar, não estando incluído no referido preceito legal, como já foi referido, o ato de incitar pessoa a se automutilar.

Importa mencionar que a instigação a que se refere o artigo 26.º do CP, é na pessoa que comete o crime, o que não acontece no caso da automutilação, pois o convencimento é dirigido à vítima para que realize em si mesma a mutilação, não havendo uma instigação dita “normal”, como é própria da instigação fixada no mencionado artigo 26.º, o que, por sua vez, levanta questões de legalidade e de necessidade.

Assim, nas situações de MGF autoprovocada, o agente que incita a automutilação não será punido, nos termos do n.º 1 do artigo 144.º-A, nem por atos preparatórios, nos termos do n.º 2 do artigo 144.º-A do CP, uma vez que estes apenas punem os atos preparatórios da heteromutilação, ou seja, quando a mutilação é realizada por outra pessoa e não pela própria vítima. Há, neste caso, um privilegiamento do agente, a menos que se esteja perante uma situação de autoria mediata por instrumentalização da própria vítima. Nas palavras exatas de Paulo Pinto de

Albuquerque, “a conduta instigadora da automutilação pode constituir uma verdadeira autoria mediata da ofensa corporal quando a vítima (a pessoa que se mutila) não tenha o domínio «natural» do facto”⁵⁷. Daqui decorre imediatamente que, o critério que diferencia a instigação sobre a vítima e a autoria mediata é precisamente este: o domínio natural do facto. Tem domínio do facto quem domina por último a execução do facto, ou seja, o autor de um crime doloso é quem tem o controlo final do facto⁵⁸.

No nosso ordenamento jurídico o critério para aferir a capacidade de valoração e deliberação do agente está fixado no artigo 19.º, e no n.º 3 do artigo 38.º, ambos do CP, ao estabelecer a idade de 16 anos para discernir e avaliar. Presume-se, portanto, que uma pessoa do sexo feminino, com idade superior a 16 anos, tenha a capacidade necessária para avaliar o significado e alcance ao consentir numa MGF.

A propósito da aferição da capacidade de valoração e deliberação do agente, ainda nas palavras de Paulo Pinto de Albuquerque, sobre o incitamento ou ajuda ao suicídio, e no que respeita ao caso particular da fronteira entre a instigação ou auxílio ao suicídio e o homicídio por autoria mediata em menores, o autor expõe que há incitamento quando o menor de 16 anos de idade tem o domínio natural do facto, quando toma a decisão de se suicidar de modo livre e voluntário e controla o último ato adequado a produzir a morte⁵⁹. Por outras palavras, porém, adaptando ao objeto do nosso estudo, há incitamento quando a menor tem o domínio natural do facto, ou seja, quando tomou a decisão de se automutilar de modo livre e voluntário e controla o último ato adequado a produzir a ação. Por outro lado, se a menor não tiver o domínio natural do facto, estamos perante uma situação de autoria mediata, por instrumentalização da própria vítima, pela via da inimputabilidade penal.

Importa, ainda, fazer menção ao facto de que o consentimento da vítima, mesmo que esta tenha mais de 16 anos de idade, não exclui a ilicitude do facto, de acordo com o disposto no n.º 3 do artigo 149.º do CP. Existe a suposição de que, se uma mulher consente na MGF a prática não é ilícita, pois foi a própria que consentiu no corte. Contudo, o legislador penal, como forma de salvaguardar essas situações acrescentou o referido n.º 3 ao CP. Isto porque é colocada elevada pressão social, designadamente pela

⁵⁷ Albuquerque, Paulo Pinto de (2015) *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. op. cit.* p. 556.

⁵⁸ Acórdão do STJ, proc. n.º 58/07.1PRLSB.S1 datado de 27 de maio de 2009, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/8e674ed29d3df0a1802575ec0030bffe?OpenDocument> [14 de junho de 2019].

⁵⁹ Albuquerque, Paulo Pinto de (2015) *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. op. cit.* p. 530.

família, amigos e comunidade, com base no costume, cultura ou tradição, sobre as mulheres ou raparigas para se submeterem às práticas de mutilação genital, questionando-se se o seu consentimento é livre. Além de que, a MGF é praticada em menores que não tem o discernimento e capacidade de valoração para consentir na ofensa, de forma irreversível, em bens jurídicos relevantes para a sua vida. Ademais, a MGF é uma ofensa que contraria os bons costumes na medida em que os motivos e fins do agente, para justificar a mutilação genital feminina, prendem-se com razões de índole cultural, tradicional e/ou costumeira que pressupõe uma manifestação das relações de poder dos homens sobre as mulheres, e, como tal, a desigualdade de género e a discriminação contra as mulheres, sendo estas forçadas a conformar-se com a subordinação perante os homens, face à necessidade destes controlarem e reprimirem a sexualidade das mulheres. Sendo que, nas modalidades de clitoridectomia, excisão e infibulação, é subtraído à vítima órgão importante, suscetível de privar a mesma da sua saúde, bem como da fruição sexual plena, por meio de instrumentos cortantes, não esterilizados e sem anestesia, no tecido genital saudável e que provoca dor aguda na vítima durante a execução do corte. Estas razões jamais podem justificar atos de mutilação genital feminina pois o direito a ter uma vida cultural não é um direito absoluto e portanto, não pode sobrepor-se ao direito à saúde e à integridade física de um indivíduo (neste caso da mulher), dado que o âmbito de proteção de um é axiologicamente mais relevante e prioritário do que o outro. Ou como entende Augusto Silva Dias, sobre o direito à própria cultura, “este não pode ter uma pretensão de validade absoluta perante outros direitos ou valores que com ele entrem em colisão, e quando estes são o direito à integridade física e ao livre desenvolvimento da sexualidade, a solução prática passa pela sua cedência (...) o direito à cultura recua quando o seu exercício põe em causa estes direitos”⁶⁰.

Pelos motivos acima expostos, o consentimento da vítima não releva para efeitos de defesa do agente do crime de MGF.

Não obstante, o artigo 149.º do CP refere-se exclusivamente às situações de mutilação genital praticadas por outrem (hétero mutilação), e não à automutilação, efetuada pela própria vítima, pois esta não é típica, motivos pelo qual não releva para o caso *sub iudice*.

O legislador deveria ter levado em consideração o que foi proposto nos Projetos

⁶⁰ Dias, Augusto Silva (2006) “Faz sentido punir o ritual do fanado? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoriana”. *op. cit.* p. 26.

de Lei dos Grupos Parlamentares do Bloco de Esquerda, CDS-PP e PSD⁶¹, adotando a proposição que incrimina a pessoa que incita pessoa do sexo feminino à prática de MGF.

Pense-se, por exemplo, no seguinte caso⁶²: *Ayun*, portuguesa, de 16 anos de idade e filha de pais liberianos, residentes em Portugal viajam para a Libéria durante as férias escolares da filha sob o pretexto de visitar os avós, que lhes pagaram a viagem à sua terra natal.

Na verdade, os pais de *Ayun* pretendem que esta seja excisada, cumprindo e respeitando, assim, a tradição do seu povo – o corte genital.

Chegada à aldeia dos avós, a mãe de *Ayun*, com quem tem uma relação muito próxima e após lhe explicar os costumes e tradições do seu povo, que lhe foram inculcados desde criança, pede-lhe que use um canivete especial para extrair o seu próprio clitóris, assegurando-lhe de que não sentirá dor, uma vez que lhe será fornecido um anestésico. Após ter-lhe sido fornecido os objetos referidos, pelo seu pai, *Ayun*, embora assustada com a ideia de extrair o próprio clitóris, mas determinada a cumprir as tradições do seu povo e o pedido de sua mãe, automutila-se.

Mediante o que já foi exposto, é possível responsabilizar jurídico-penalmente todos os intervenientes na atuação de *Ayun*?

A mãe de *Ayun* convenceu-a a praticar a excisão, por automutilação, o que aconteceu, logo não pode ser considerada autora material, pois não executou o facto, por si mesma, nem determinou outra pessoa à prática do crime, nos termos do artigo 26.º do CP, visto que estamos perante uma automutilação. Trata-se, portanto, de um ato de instigação sobre a vítima.

Contudo, *Ayun* tem 16 anos de idade, que, por força do artigo 19.º é considerada imputável, possuindo, de acordo com a lei penal, o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance em consentir numa MGF, conforme o aludido n.º 3 do artigo 38.º do CP.

Não obstante, e relembando o n.º 3 do artigo 149.º, o consentimento da vítima do crime previsto no artigo 144.º-A não exclui em caso algum a ilicitude do facto, ou seja, continua a existir crime.

Porém, estamos diante uma automutilação, *i.e.*, não foi terceiro que praticou o

⁶¹ Cfr. Capítulo 3.

⁶² Extraído do exame, datado de 29 de maio de 2017, elaborado pela Professora Doutora Teresa Quintela de Brito no âmbito da disciplina de Crimes em Especial lecionada na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

facto, *Ayun* mutilou-se, não prevendo a lei portuguesa que o instigador comete o crime nos termos do n.º 1 do artigo 144.º-A do CP, nem nos termos do n.º 2 do mesmo preceito legal, pois a prática dos atos preparatórios refere-se exclusivamente ao facto típico cometido por outrem (hétero mutilação) e não à automutilação.

O mesmo se diga relativamente aos restantes intervenientes que auxiliaram *Ayun* a automutilar-se. O seu pai, que forneceu os instrumentos para a execução da automutilação, e os seus avós, que pagaram a viagem para a Libéria, realizaram atos preparatórios que não são subsumíveis no n.º 2 do artigo 144.º-A do CP dado o preceito legal aplicar-se apenas aos casos de hétero mutilação, excluindo, consequentemente os casos de automutilação, que não é considerada um facto ilícito típico e como tal, não é punível.

Perante este enquadramento legal, existe um privilegiamento de todos os intervenientes que levaram a vítima a praticar a lesão autoinfligida, quer sob a forma de incitação, quer sob a forma de auxílio. Por este motivo dever-se-ia criar uma norma, tal como a do incitamento ou ajuda ao suicídio (art.º 135.º do CP), para que seja possível a punição do agente que incita ou que presta auxílio à automutilação.

Pegando no mesmo exemplo, mas supondo que *Ayun* tinha 14 anos de idade, o ato de instigação, por parte da sua mãe, atendendo à idade tenra da vítima, que não possui, ainda, o discernimento para entender o sentido e alcance de uma MGF, encerra uma situação de autoria mediata, nos termos do artigo 26.º do CP, por instrumentalização da própria vítima. Apenas nestes casos se puniria justamente o agente incitador.

b) A QUESTÃO DA COMPARTICIPAÇÃO CRIMINOSA E A FLAGRANTE DESIGUALDADE DE APLICAÇÃO DAS PENAS

Na esteira de Germano Marques da Silva, são participantes no crime os agentes do crime, sendo o modo de participação diverso no que respeita aos diferentes agentes, distinguindo a lei entre autores e cúmplices, que o faz do seguinte modo: autores são aqueles que realizam a ação típica, pessoalmente ou por meio de terceiros, e cúmplices são aqueles que, apesar de não realizarem a ação típica, ajudam os autores na sua prática⁶³.

Na comparticipação criminosa os comparticipantes respondem pelo mesmo facto

⁶³ Marques da Silva, Germano (2015) *Direito Penal Português – Teoria do Crime*. op.cit. p. 357.

típico, porque concorrem para a prática do mesmo facto ilícito, todavia o modo de cooperação entre os agentes do crime é que é diverso⁶⁴.

Dispõe o artigo 29.º do CP que “cada participante é punido segundo a sua culpa, independentemente da punição ou do grau de culpa de outros participantes”, neste sentido, a comparticipação define-se como a junção das ações de todos os participantes na produção do mesmo facto, independentemente da culpa de todos os participantes⁶⁵.

Como tal, o crime de MGF também poderá comportar várias formas de comparticipação, seja pela conduta de mutilar os genitais femininos, pela contratação dessa mesma pessoa para praticar o facto ilícito típico, ou até mesmo pela compra de bilhetes de avião para que o facto seja cometido noutro país.

Consideremos a seguinte hipótese de comparticipação, servindo-nos do caso acima referido⁶⁶, mas com outras particularidades e para efeitos elucidativos dado que o exemplo anterior não é tão abrangente.

Ayun, de 16 anos de idade, é convencida pela mãe a submeter-se a excisão dado as tradições do seu povo ainda estarem muito enraizadas no seio da família. Para tal os pais, ambos liberianos, viajaram com *Ayun*, durante as suas férias escolares para a Libéria, tendo a viagem sido paga pelos avós, também residentes em Portugal. Uma vez na Libéria, o pai e uma tia de *Ayun*, que aí habita, contratam uma excisadora para realizar a excisão. No final das férias, os pais, os avós e *Ayun*, já mutilada, regressam a Portugal.

Vejamos então, muito sucintamente, a responsabilidade jurídico-penal destes agentes do crime.

A mãe de *Ayun*, que a convence a submeter-se a excisão, poderia ser considerada autora moral?

Autor moral é “quem causa a realização de um crime utilizando ou fazendo atuar outrem por si”⁶⁷. Deste conceito distingue-se autor mediato, que é quem executa o facto por intermédio de outrem⁶⁸, e instigador que é aquele que dolosamente determina outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução. O “instigador, no sentido do art.º 26.º é unicamente quem produz ou cria de forma cabal

⁶⁴ *Ibidem* p. 358.

⁶⁵ *Ibidem* p. 348.

⁶⁶ Cfr. item a), Capítulo 4.

⁶⁷ Correia, Eduardo (1971) *Direito Criminal*, vol. II. Coimbra: Livraria Almedina, p. 252.

⁶⁸ Marques da Silva, Germano (2015) *Direito Penal Português – Teoria do Crime. op. cit.* p. 363.

(...) no executor a decisão de atentar contra um certo bem jurídico-penal através da comissão de um concreto ilícito típico⁶⁹”. Está na base da autoria mediata o domínio natural do facto, critério este que permite distinguir da instigação, na medida em que o autor mediato detém o domínio do facto e o instigador não.

Contudo, o facto foi cometido pela excisadora, autora imediata, não tendo a atuação da mãe recaído sobre esta, mas sobre a própria vítima da MGF, ou seja, a instigação é dirigida à vítima e não a que encontramos nos termos do artigo 26.º do CP, em que a execução do crime é efetuada por intermédio de outrem. Com efeito, a mãe de *Ayun* não pode ser considerada participante pela via da instigação (que se encontra estipulada no art.º 26.º, última proposição). Neste caso, a mãe apenas seria responsabilizada pela prática de atos preparatórios de hétero mutilação, nos termos do n.º 2 do artigo 144.º-A do CP. No entanto, sustentando que a instigação da mãe na pessoa da vítima constitui uma cumplicidade material no facto praticado pela excisadora, seria possível punir com pena atenuada a mãe de *Ayun* nos termos do n.º 1 do artigo 144.º-A, conjugado com o artigo 27.º do CP.

Por outro lado, seria possível punir a mãe nos termos do n.º 1 do artigo 144.º-A do CP, por autoria mediata, caso a idade da vítima fosse inferior a 16 anos de idade, nos termos dos artigos 19.º e 38.º, n.º 3, ou seja, pela via da inimputabilidade, que, como já dissemos, a impediria de entender o verdadeiro significado e alcance da MGF.

No que concerne à responsabilidade do pai e da tia de *Ayun*, que contrataram a excisadora para realizar a MGF, atuaram como instigadores do crime, atuação que se enquadra na última proposição do artigo 26.º, sendo punidos nos termos do n.º 1 do artigo 144.º-A, todos do CP.

Por seu turno, os avós, que pagaram a viagem de *Ayun*, seriam punidos pela prática de atos preparatórios, nos termos do n.º 2 do artigo 144.º-A do CP, dado que a sua atuação não se traduz numa participação no crime de MGF, pois não houve instigação à autoria do crime. Contudo, e tendo em conta a apreciação jurídico-penal elaborada relativamente à mãe de *Ayun*, poder-se-ia sustentar que houve cumplicidade material dos avós no facto executado pela excisadora (autor material), sendo estes punidos com pena atenuada por força do n.º 1 do artigo 144.º-A, conjugado com o artigo 27.º do CP.

Feito este enquadramento, a questão que se coloca é saber se lhes é aplicável a lei penal portuguesa.

⁶⁹ Figueiredo Dias, Jorge de (2007) *Direito Penal, Parte Geral. op. cit.* p. 799.

Convém começar por notar que, embora a MGF tenha sido praticada noutro país, onde a prática não é considerada crime, a Libéria, a execução dos atos preparatórios foi parcialmente praticada em Portugal, pela mãe e avós de *Ayun*, o que, por força da alínea a) do artigo 4.º e do n.º 1 do artigo 7.º do CP, o facto considera-se praticado em Portugal. Desta forma, os tribunais portugueses têm competência territorial para julgar o crime, sendo-lhes aplicável exclusivamente a lei penal portuguesa.

Por sua vez a instigação realizada pelo pai e tia de *Ayun* e a MGF executada pela excisadora, foram, nos termos do artigo 7.º, totalmente praticados fora do território nacional, sendo, nestes casos, aplicável o disposto no artigo 5.º, o qual, sob a epígrafe, “factos praticados fora do território português”. Dispõe o referido normativo, na alínea c) que “salvo tratado ou convenção internacional em contrário, a lei penal portuguesa é ainda aplicável a factos cometidos fora do território nacional quando constituírem os crimes previstos nos artigos 144.º-A (...), desde que o agente seja encontrado em Portugal e não possa ser extraditado ou entregue em resultado de execução de mandado de detenção europeu ou de outro instrumento de cooperação internacional que vincule o Estado Português”. Daqui decorre que, sendo o agente encontrado em Portugal, é-lhe aplicável a lei penal portuguesa, o que acontece com o pai de *Ayun*. Além disso, convém realçar que o pai não poderá ser extraditado, primeiro porque a extradição não foi requerida e segundo porque na Libéria a MGF não é crime, logo esta nunca seria requerida. Não obstante, e uma vez que toda a sua atuação foi efetuada fora do território português, há restrições à aplicação da lei portuguesa, sendo aplicável a lei do país que seja concretamente mais favorável ao agente, tendo em conta o disposto no n.º 2 do artigo 6.º do CP. O que significa que ao pai de *Ayun* não é aplicável a lei portuguesa e, consequentemente, não será punido pelo crime de MGF uma vez que este não é crime na Libéria.

Relativamente à tia, instigadora juntamente com o pai de *Ayun*, e a excisadora por não se encontrarem em Portugal, não podem ser punidas por força da alínea c), n.º 1 do artigo 5.º do CP. Como tal, aplicar-se-ia a lei da Libéria, que, tal como referido, nem sequer considera crime a MGF, não sendo, portanto, as agentes do crime, a tia e a excisadora, punidas pela prática de mutilação genital feminina, nos termos do artigo 144.º-A do CP. Porém, e ainda que fossem encontradas em Portugal não lhes seria igualmente aplicável a lei penal portuguesa por força do disposto no n.º 2 do artigo 6.º do CP.

Este desfasamento, relativamente aos agentes que seriam punidos pela lei penal

portuguesa, deve-se ao incumprimento do artigo 44.º, n.º 3 da CI, onde determina que para a instauração do procedimento penal pelas infrações previstas nos artigos 36.º (violência sexual, incluindo violação), 37.º (casamento forçado), 38.º (Mutilação Genital Feminina) e 39.º (aborto forçado e esterilização forçada) da Convenção, as Partes devem adotar medidas legislativas que se revelem necessárias para garantir que a sua jurisdição não dependa da condição de os atos constituírem crime no território onde foram praticados.

De acordo com o Relatório Explicativo da CI, o n.º 3 do artigo 44.º representa um valioso elemento na Convenção, dado que a disposição elimina, no respeitante às infrações mais graves da mesma, a regra da dupla criminalidade em que os atos devem estar tipificados como crime no lugar onde são praticados. O objetivo do preceito é combater determinadas formas de violência contra as mulheres mesmo em locais fora do âmbito de aplicação desta Convenção, tais como o casamento forçado, a mutilação genital feminina, o aborto forçado e a esterilização forçada⁷⁰.

A impunidade dos agentes que praticaram o facto fora do território português, deve-se à aplicação do n.º 2 do artigo 6.º, face à não criminalização do facto onde este foi praticado, e como tal, mais favorável ao agente. O regime deste n.º 2 apenas é afastado pelo n.º 3 quando constituírem os crimes elencados nas alíneas a) e b), onde não se encontram incluídos o artigo 144.º-A. O que representa uma flagrante desigualdade no que respeita à punição e não punição entre agentes.

Este cenário não foi acautelado tanto pelos Grupos Parlamentares, como pelo próprio legislador. O legislador penal ao autonomizar o crime de MGF procedeu à alteração do n.º 1, alínea c) do artigo 5.º, através da já aludida Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, acrescentando o artigo 144.º-A à sua previsão, contudo, deveria consequentemente ter alterado o n.º 3 do artigo 6.º. Ou seja, o regime do n.º 2 do artigo 6.º estabelece que “embora seja aplicável a lei portuguesa, nos termos do número anterior, o facto é julgado segundo a lei do país em que tiver sido praticado sempre que esta seja concretamente mais favorável ao agente”, definindo o n.º 3 que “o regime do número anterior não se aplica aos crimes previstos nas alíneas a) e b) do n.º 1” do art.º 5.º. Ora, o legislador não acrescentou a este n.º 3 a alínea c) do referido artigo 5.º, (que inclui o artigo 144.º-A do CP, mutilação genital feminina), o que, como já foi salientado, conduz à impunidade de todos os agentes que praticaram o crime no estrangeiro, mesmo daqueles que sejam encontrados em Portugal. Tal necessidade de

⁷⁰ Relatório Explicativo da Convenção de Istambul, p. 38.

alteração não se verificaria se o legislador cumprisse o que está previsto na Convenção de Istambul, e tivesse incluído na previsão do n.º 3 do artigo 6.º a alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º, o que, por sua vez, excluiria a aplicação do n.º 2 do artigo 6.º. Esta alteração legislativa afigura-se de extrema importância por forma a punir todos os agentes do crime, mesmo aqueles que praticaram o facto fora do território nacional português.

c) SANÇÕES E MEDIDAS

Tipificado como um crime público, o Ministério público tem legitimidade para promover o processo penal por crimes de mutilação genital feminina, de acordo com o artigo 48.º do Código de Processo Penal, onde está plasmado o princípio da oficialidade. No final do procedimento criminal poderá ser aplicado ao agente uma pena de prisão de 2 a 10 anos (n.º 1 do art.º 144.º do CP, última premissa).

Contudo, o legislador falhou no que respeita à previsão de penas acessórias aos agentes do crime de MGF, face à inexistência das mesmas.

O artigo 45.º da CI dispõe claramente, no n.º 2, que as Partes podem adotar medidas em relação aos perpetradores, designadamente, a retirada da responsabilidade parental. Embora o Código Penal possua uma pena acessória que inibe o agente das responsabilidades parentais – o artigo 69.º-C – este não é aplicável aos casos de MGF. Não se compreende a inexistência de penas acessórias que inibam das responsabilidades parentais os progenitores que sujeitaram uma filha a MGF, não impedindo, desta forma, que pratiquem o mesmo crime contra outra filha. Aliás, não se vislumbram motivos para o legislador ter previsto penas acessórias para o crime de perseguição (n.º 3 e 4 do artigo 154.º-A do CP), e não para o de mutilação genital feminina, quando ambos foram aprovados no mesmo Decreto-lei e introduzidos na mesma data no Código Penal. Além de que o primeiro é menos grave que o segundo.

4.3. A MGF NOS VÁRIOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS

Estima-se que a MGF afeta entre 100 a 140 milhões de mulheres e raparigas no mundo, sendo que, pelo menos, três milhões estão em risco de serem submetidas ao ritual do corte dos genitais todos os anos. Apesar da MGF predominar em vinte e oito

países africanos, e em alguns países da Ásia e do Médio Oriente⁷¹, a imigração mundial expandiu a prática para a Europa, América do Norte e Austrália. Este comportamento mantém-se, pois, embora afastados do seu país de origem, os imigrantes mantêm e praticam as suas tradições, dado que fazem parte da sua identidade cultural.

Em França existe uma vasta comunidade de imigrantes de Benim, Chade, Guiné, Mali, Nigéria e Senegal, enquanto que os Quenianos, Nigerianos e Ugandeses geralmente imigram para o Reino Unido, onde mantêm o ritual tradicional. Nos anos 70, os refugiados da guerra civil entre Eritreia, Etiópia e Somália, levaram a MGF para alguns países da Europa ocidental, incluindo a Noruega, Suécia e Suíça. Também o Canadá, EUA, Austrália e Nova Zelândia recebem comunidades que praticam o ritual de MGF, bem como mulheres e crianças que foram submetidas ao corte⁷².

Reconhecendo que a MGF é uma prática tradicional nefasta para as mulheres e raparigas de todo o mundo, vários países introduziram legislação específica a proibir as mutilações genitais.

Mais de metade dos vinte e oito países africanos onde a MGF predomina, implementaram medidas legislativas contra a MGF nas suas Constituições ou códigos penais. Do mesmo modo, alguns países onde existem comunidades imigrantes que mantêm a prática, criaram leis que criminalizam a MGF, incluindo a Austrália, o Canadá, a Nova Zelândia, os EUA, e alguns países da Europa⁷³.

O primeiro país africano que criminalizou a MGF, embora apenas o tipo III (infibulação), foi o Sudão, em 1946, tendo, posteriormente, sido removido do Código Penal, em 1983, em virtude da introdução da lei *Sharia*⁷⁴. Em setembro de 2016, foi aprovada uma adenda ao *Criminal Act 1991*⁷⁵, pelo Conselho de Ministros, com vista a criminalizar a MGF acrescentando o artigo 141.º, não tendo sido, ainda, aprovado pelo parlamento⁷⁶.

⁷¹ A MGF também está documentada em algumas comunidades próximas da costa do Mar Vermelho, designadamente, do Iémen, Jordânia, Omã, territórios palestinianos (Gaza) e comunidades curdas no Iraque, bem como em comunidades da Índia, Indonésia e Malásia (Female genital mutilation – new knowledge spurs optimism, 2006: 2).

⁷² Organização Mundial da Saúde (2006) “Female genital Mutilation – new knowledge spurs optimism” *Progress in Sexual and Reproductive Health Research*, https://www.who.int/reproductivehealth/topics/fgm/progress72_fgm.pdf [11 de março de 2019] p. 3.

⁷³ *Ibidem* p. 3.

⁷⁴ *Sharia* é o conjunto de leis islâmicas, que tem como fonte as escrituras sagradas, tais como, o Alcorão, o *Suna* (vida do Profeta) e o *Hadith* (narração sobre a vida do profeta), e as opiniões dos seus líderes religiosos, uma vez que não há separação da religião e do direito no Direito Islâmico.

⁷⁵ Diploma legal sudanês que veio substituir o Código Penal de 1983, tendo este sido revogado por aquele.

⁷⁶ 28 Too Many (2018) “Sudan: The Law and FGM”. <https://www.28toomany.org/Law> [8 de

Embora não exista legislação federal específica contra a MGF, o *Criminal Act 1991* prevê, na secção 138, sob a epígrafe “*Wounds and their types*”⁷⁷ que, será punido aquele que causar a perda de um órgão, função mental ou qualquer um dos sentidos, ou membros, causar fraturas ou ferimentos no corpo de outra pessoa.

Também o *Child Act 2010* prevê legislação que protege especificamente as necessidades especiais das crianças, menores de 18 anos de idade, designadamente, no capítulo II, artigo 5.º, na alínea k) do n.º 2, onde é assegurada a proteção de crianças, tanto do género feminino como do género masculino, contra todos os tipos e formas de violência, lesões, tratamentos desumanos, abuso sexual, negligência ou exploração.

Não obstante, dos vinte e cinco estados sudaneses, apenas quatro implementaram legislação estadual que criminaliza a MGF.

O primeiro Estado a adotar legislação neste sentido foi o *South Kordofan*, através do *Prevention of Female Genital Mutilation Act 2008*. *Gadaref* foi o segundo Estado a introduzir legislação contra a MGF, através do *Child Law 2009*, no artigo 13.º, onde é determinado que todas as práticas tradicionais prejudiciais são proibidas, incluindo todas as formas de MGF. Posteriormente, o *South Dafur* adotou legislação que proíbe todas as formas de MGF, através do *South Darfur State Child Act 2013*, no artigo 13.º. E por fim, o Estado do *Red Sea* introduziu legislação em 2007 a proibir todas as formas de MGF, no entanto, esta foi retirada devido aos protestos do grupo étnico Beja. Entretanto, após a morte de uma menina, em 2009, causada pela mutilação genital, aumentou novamente a pressão para criminalizar a prática, tendo o *Child Act 2011*, no artigo 10.º, incluído a proibição da MGF, embora apenas para o tipo III, a infibulação, também considerado o tipo mais severo de todos. No entanto, a lei ainda não foi promulgada⁷⁸.

Dos vinte e oito países africanos onde se pratica tradicionalmente o corte genital feminino, vinte e dois tem legislação nacional que criminaliza a MGF, não tendo legislação específica o Chade, a Libéria, o Mali, a Serra Leoa, a Somália e o Sudão, o que significa que nestes países a MGF ainda é legal, no entanto, a constituição da Somália proíbe a mutilação genital feminina⁷⁹.

Para que seja aplicada com eficácia uma lei específica contra a MGF, esta deve ter determinadas características, tais como, definir claramente a MGF, bem como os

março de 2019] p. 3.

⁷⁷ Tradução livre da autora: “ferimentos e seus tipos”.

⁷⁸ 28 Too Many (2018) “Sudan: The Law and FGM”. *op. cit.* p. 3.

⁷⁹ 28 Too Many (2018) “The Law and FGM: An overview of 28 African countries”. *op. cit.* p. 28 e 29.

seus quatro tipos, criminalizar o ato de MGF, a ajuda, a incitação, a contratação de pessoa para efetuar o ato e a assistência nos atos de MGF, criminalizar o facto de não denunciar a MGF às autoridades, criminalizar a participação de médicos profissionais em atos de MGF e criminalizar a prática fora do país⁸⁰.

No que respeita a estas características, apenas o Quénia e o Uganda criminalizam diretamente e punem a MGF, preenchendo todos os critérios referidos no parágrafo anterior, permitindo uma prevenção eficaz da MGF, bem como da aplicação das leis anti-MGF⁸¹.

O *Prohibition of Female Genital Mutilation Act 2011* é um diploma legal do Quénia que contém legislação específica contra a mutilação genital feminina, e que se traduz num exemplo a adotar pelos outros países no respeitante à penalização da MGF.

No que respeita à pessoa que comete o crime de MGF, o *Prohibition of Female Genital Mutilation Act* prevê no n.º 1 da secção 19, que se trata de um crime comum, na medida em o agente do crime é indeterminado, tal como no nosso ordenamento jurídico. Contudo, o referido Ato vai mais longe, explicitando que também cometem o crime de MGF os praticantes de medicina, estagiários de medicina e as parteiras. Se a MGF resultar na morte da vítima, o agente será sentenciado com pena de prisão perpétua, de acordo com o n.º 2 da secção 19. Além da pessoa que pratica o ato de MGF, também comete crime quem ajudar, seja cúmplice, aconselhar ou contratar outra pessoa para realizar a MGF, de acordo com a secção 20 do referido Ato. Ao contrário do previsto no Código Penal português, a legislação queniana possui um artigo específico que também pune quem ajuda ou incita à prática do crime de MGF também é punido, incluindo a pessoa que incita outra à automutilação.

O Ato que prevê a proibição da mutilação genital feminina no Quénia faz, ainda, referência a alguns aspetos não contemplados pela lei portuguesa, como por exemplo, constitui crime não reportar às autoridades que alguém está a ser ou será vítima de MGF (secção 24), bem como o uso de linguagem depreciativa ou abusiva que seja suscetível de ridicularizar ou rebaixar uma mulher que não foi submetida ao corte (secção 25).

No respeitante à jurisdição extraterritorial, nos casos em que o agente, sendo cidadão ou tenha residência permanente no Quénia, cometa o crime fora do território queniano, apenas não será punido nos casos em que o país onde foi cometido o crime o tenha absolvido ou já condenado e punido pelo crime de MGF (secções 21 e 28).

⁸⁰ *Ibidem* p. 30.

⁸¹ *Ibidem* p. 31.

A penalização dos atos previstos neste ato consistem em pena de prisão não inferior a 3 anos, pena de multa, ou ambas.

As leis variam de país para país, pelo que nem todos definem claramente o que é a mutilação genital feminina, não criminalizam quem incita, ajuda ou é cúmplice de MGF, nem sempre a lei é clara, sendo por vezes omissa, não só no que respeita à legislação sobre mutilação genital nos países africanos, mas também nos países para onde imigram estas comunidades e que adotaram legislação específica contra a MGF.

A Austrália, um dos países de destino de imigrantes do continente africano, acolhe mulheres e crianças que foram submetidas a MGF, motivo pelo qual também criou legislação específica anti-MGF. A prática de mutilação genital feminina é ilegal em todos os estados e território da Austrália, tendo cada deles a sua versão de leis contra a MGF. As consequências da sua prática na Austrália são bastante rígidas.

No estado de *New South Wales*, o *Crimes Act 1900 n.º 40*, prevê na secção 45 que comete o crime de MGF quem excisar, infibular, ou praticar ato semelhante nos genitais femininos, ou quem ajudar, seja cúmplice, aconselhe ou contrate outra pessoa para praticar os referidos atos, será punido com pena de prisão até 21 anos. Por outro lado, no estado de *Queensland*, no seu Código Penal de 1899, faz referência, na secção 323, apenas à pessoa que pratica o crime de MGF, sendo esta punida com pena de prisão até 14 anos. Em ambos os estados o consentimento da vítima não é relevante para efeitos de defesa.

No Canadá também existe legislação que proíbe os atos de MGF devido aos movimentos de imigração e de refugiados originários de países onde a prática é comum. Com o reconhecimento de que o ritual do corte é uma prática nefasta nas mulheres, o Governo Federal do Canadá, em maio de 1997, acrescentou ao seu Código Penal, na secção 268, sob a epígrafe “*aggravated assault*”⁸², o ponto 3 – excisão – o qual penaliza a excisão, infibulação ou mutilação dos genitais femininos, exceto se se tratar de procedimento cirúrgico efetuado por pessoa qualificada para tal. O consentimento de uma pessoa (onde se incluem mulheres maiores e menores de idade) não é válido nos termos do n.º 4, e nos termos do n.º 2 a pena é de prisão até 14 anos.

Os EUA é, também, um país que alberga imigrantes e refugiados do continente africano, entre os quais, comunidades que praticam o ritual de MGF. A mutilação genital feminina é um crime federal, previsto no *US Code*, título 18, parte I, capítulo 7, secção 116, penalizando com pena de multa, pena de prisão até 5 anos ou ambas, para

⁸² Tradução livre da autora; “agressões agravadas”.

quem praticar MGF em pessoa menor de 18 anos de idade.

Na Europa, o primeiro país a aprovar legislação contra a MGF foi a Suécia em 1983, através do *Lag (1982:316) med förbud mot könsstympning av kvinnor*⁸³. O ato proíbe a prática de qualquer forma de MGF, como a clitoridectomia, a excisão, e a infibulação, criminalizando quem pratica o ato em si, a participação, a facilitação, a tentativa, o contratar outrem para praticar o ato e o não reportar às autoridades o conhecimento sobre o crime. O consentimento da vítima é irrelevante. Na questão do princípio da extraterritorialidade, este é aplicável desde que o perpetrador esteja de alguma forma conectado à Suécia. O crime é punível com pena de prisão de 2 a 10 anos. Sendo a pena agravada quando a ofensa coloca em perigo a vida da vítima, ou o crime envolve comportamento particularmente imprudente, nestes casos a pena é de 5 a 10 anos de prisão⁸⁴.

Em França, a MGF é criminalizada nos termos dos artigos 222-9 e 222-10, do Código Penal Francês. O artigo 222-9 faz referência a atos violentos nos quais resultem mutilação ou invalidez permanente, sendo o agente punido com pena de prisão até 10 anos e de 150 mil euros de multa. A pena é agravada quando se verificarem os casos do artigo 222-10, designadamente, o ato ser praticado em menor de 15 anos, pessoa vulnerável, ascendente, magistrado, jurado ou advogado, sobre o cônjuge, entre outros, sendo a pena até 20 anos de prisão.

Na Suíça, também a MGF é punida através do n.º 1 do artigo 124.º do Código Penal Suíço, sob a epígrafe “*mutilacion d’organes génitaux féminins*”⁸⁵, cuja moldura penal máxima é de dez anos de pena privativa de liberdade ou de pena de multa a quem mutilar os órgãos genitais femininos de forma a comprometer gravemente e permanentemente a sua função natural. O n.º 2 do referido preceito legal pune igualmente o agente que cometer atos de mutilação no estrangeiro, desde que se encontre na Suíça e não tenha sido extraditado.

Além destes países, também existe legislação específica contra a MGF na Bélgica (art.º 409.º do Código Penal), Espanha (art.º 149.º do Código Penal), Alemanha (§224 e §226 do Código Penal), Reino Unido (*FGM Act 2003*), Irlanda (*Criminal Justice Act 2000: bodily injury*), Áustria (secção 90 do Código Penal), e Dinamarca

⁸³ Tradução livre da autora: “Lei que proíbe a mutilação genital das mulheres”.

⁸⁴ Leye, Els; Deblonde, Jessika (2004) “Legislation in Europe regarding female genital mutilation and the implementation of the law in Belgium, France, Spain, Sweden and the UK”. www.icrh.org [1 de março de 2019] p. 17.

⁸⁵ Tradução livre da autora: “mutilação dos órgãos genitais femininos”.

(artigos 245.º e 246.º do Código Penal)⁸⁶.

4.4. ANÁLISE DE CASOS

Em Portugal, segundo um relatório sobre o fenómeno da mutilação genital feminina da Direção-Geral da Saúde, registou-se, entre abril de 2014 e janeiro de 2018, 237 casos de MGF, tendo os mesmos sido realizados fora do território português, num momento anterior à fixação de residência no nosso país⁸⁷.

As mutilações foram realizadas maioritariamente na Guiné-Bissau com 58,2% dos casos e na Guiné Conacri em 27,8% dos casos. Detetou-se em 54,4% dos casos a mutilação tipo II (excisão), 41,4% do tipo I (clitoridectomia), 3,4% do tipo III (infibulação) e apenas um caso para o tipo IV da tabela de classificação da OMS⁸⁸.

Até ao dia de hoje apenas três casos de MGF chegaram aos tribunais portugueses, em momento anterior à autonomização do artigo 144.º-A do CP no nosso ordenamento jurídico, tendo, no entanto, todos eles, sido arquivados.

O primeiro caso de MGF em Portugal deu entrada em 2006 no Departamento de Investigação e Ação Penal (DIAP) de Lisboa. O processo respeitava a uma jovem de 19 anos, residente em Portugal, que, após fugir de casa do pai, denunciou à polícia que sofreu de maus tratos físicos durante 9 anos, tendo sido inclusivamente mutilada quando tinha cerca de sete anos. O crime ocorreu em 1993 na Guiné-Bissau e, segundo declarações da vítima, esta foi levada para um descampado pela mãe, onde foi imobilizada por quatro mulheres que lhe cortaram o clitóris e o lábio direito. Afirma que se debateu até conseguir libertar-se das mulheres que a prendiam e que teve uma grande hemorragia. Como forma de cicatrizar as feridas a avó utilizava água a ferver e palhas na vagina. A vítima perdeu, após o ritual, sensibilidade na área genital. Por se tratar de um crime ocorrido em 1993, o mesmo já havia prescrito, tendo o pai sido condenado a pena suspensa de 20 meses de prisão pelo crime de maus tratos⁸⁹.

⁸⁶ Leye, Els; Deblonde, Jessika (2004) “Legislation in Europe regarding female genital mutilation and the implementation of the law in Belgium, France, Spain, Sweden and the UK”. *op. cit.* p. 12.

⁸⁷ Divisão de Saúde Sexual, Reprodutiva, Infantil e Juvenil; Divisão de Estatísticas da Saúde e Monitorização; Serviços Partilhados do Ministério da Saúde (2018) “Mutilação Genital Feminina: Análise dos casos registados na Plataforma de Dados da Saúde/Registo de Saúde Eletrónico – Portal do Profissional 2014-2017”
file:///C:/Users/06608204/Downloads/10.9.18_Relat%C3%B3rio+MGF-PDS+vers%C3%A3o+revista.pdf [3 de junho de 2019] p. 4.

⁸⁸ *Ibidem* p. 8.

⁸⁹ Segurança Interna e Defesa Nacional (2013) “Mutilação genital feminina: crime sem castigo”

Outro caso de mutilação foi reportado pelo Tribunal de Família e Menores do Seixal ao DIAP de Lisboa, em outubro de 2010, por suspeitas de MGF. Nesta sequência foi instaurado um inquérito por suspeitas de ofensa à integridade física grave. A menor foi examinada no Instituto de Medicina Legal, cujo relatório confirmou a ausência do capuz do clitóris e de metade dos pequenos lábios. Importa referir que o ritual de MGF realizado na menor havia sido praticado fora do nosso ordenamento jurídico. A perita que elaborou o relatório foi de parecer que as lesões não consubstanciavam uma ofensa à integridade física grave, e, portanto, excluiu a aplicação do artigo 144.º do CP, porque não foi excisado o clitóris e, como tal, não foi afetada a fruição sexual, não existindo elementos que levassem a presumir perigo de vida para a vítima. Desta forma, o inquérito foi arquivado, em dezembro de 2011, com base no relatório da perita médica, na medida em que as lesões se enquadravam num crime de ofensa à integridade física simples, e como tal não era possível a aplicação da lei portuguesa dado o crime ter sido cometido fora do território nacional⁹⁰.

A qualificação da mutilação genital feminina, antes da autonomização do artigo 144.º-A do CP, dependia, como se viu no subcapítulo 4.1., da verificação dos requisitos previstos na al. a) ou b) do art.º 144.º do CP e que consubstanciava uma ofensa à integridade física grave.

No caso *sub iudice* a perita médica concluiu que a lesão versava no tipo I (clitoridectomia) da tabela de classificação da OMS, tendo, ainda, subsumido a lesão num crime de ofensa à integridade física simples, o que levou ao desfecho do inquérito referido. Note-se que o relatório confirmou a ausência do capuz do clitóris, classificado como tipo I da tabela de classificação da OMS, mas também de metade dos pequenos lábios, que integra a classificação tipo II (excisão) da mesma tabela.

Nas palavras de Helena Martins Leitão estas lesões “são suscetíveis de constituir desfiguração grave e permanente dos órgãos genitais das vítimas, pelo que sempre contribuiriam para o preenchimento do tipo legal de crime do art.º 144.º do CP”, afirmando, ainda, que as lesões são suscetíveis de afetar a capacidade de fruição sexual da vítima⁹¹.

No que respeita ao facto de a perita médica, no seu parecer, não se ter limitado a escrever o relatório médico, mas ainda ter sustentado que não se verificavam os

<http://segurancaedefesa.blogs.sapo> [10 de outubro de 2017].

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ Leitão, Helena Martins (2013) “A mutilação genital feminina à luz do Direito Penal português: da necessidade de alteração do seu regime legal”. *op. cit.* p. 118.

requisitos das alíneas a) e b) do art.º 144.º do CP, foi claramente além do que deveria ser o seu juízo técnico (o relatório médico), dando parecer sobre matéria que lhe é alheia e própria da área jurídica. Além de que o valor da prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador que, em caso de divergência de opinião relativamente ao parecer dos peritos, deve aquele fundamentar a sua discordância, conforme o disposto no art.º 163.º do CPP⁹².

No entender de Helena Martins Leitão, opinião com a qual concordamos, “o Ministério Público, na qualidade de aplicador da lei, deveria ter ignorado a qualificação jurídico-penal espúria efetuada pela perita médica, e avançado com a sua própria subsunção jurídico-penal das lesões, sendo certo que, atentos os demais elementos constantes dos autos, é altamente improvável que o desfecho processual dos inquéritos tivesse sido diferente”⁹³.

O processo foi arquivado dado que o crime de ofensa à integridade física simples não pode ser punido pela lei portuguesa quando o facto é praticado fora do território português, por força do artigo 5.º do CP, pois o artigo 143.º não se encontra abrangido na sua previsão.

Outro caso foi denunciado anonimamente em maio de 2011 à Comissão de Proteção de Crianças e Jovens da Amadora, relativo a uma menor de 16 anos de idade, informando que esta tinha sido mutilada e que a família a ia vender para casar na Guiné. Neste seguimento, foi instaurado um inquérito, tendo sido executado um exame pericial que confirmou a ausência de clitoris na menor. O perito médico enquadrou as lesões no crime de ofensa à integridade física grave (art.º 144.º do CP), na medida em que afeta de forma grave e permanente a capacidade de fruição sexual. Foi constituída arguida a mãe da menor, que nas suas alegações afirmou não ter tido qualquer tipo de ligação com a mutilação da filha e que tinha sido a avó da menor a responsável, que à data do inquérito já havia falecido. Perante a falta de provas suscetíveis de incriminar a mãe da menor, o inquérito foi arquivado pelo DIAP da Amadora⁹⁴.

Este último caso demonstra o quão difícil é identificar os agentes do crime, principalmente quando este é realizado fora do território português e os autores pertencem a uma comunidade fechada que não transmite qualquer tipo de informação para o exterior da mesma.

⁹² *Ibidem* p. 119.

⁹³ *Ibidem* p. 119.

⁹⁴ Segurança Interna e Defesa Nacional (2013) “Mutilação genital feminina: crime sem castigo” *op. cit.*

Por sua vez, na Europa, o número de casos de MGF que correm termos nos tribunais tem aumentado.

Na Suécia, em 2006, dois casos chegaram ao tribunal, tendo, num deles, sido a mãe acusada e no outro o pai das vítimas. Em ambos os casos os arguidos foram condenados a uma pena de prisão de três e dois anos, respetivamente⁹⁵.

Na Dinamarca, em janeiro de 2009 a mãe da vítima foi condenada a dois anos de pena de prisão⁹⁶.

A França é o país da Europa com o maior número de processos penais relativos às mutilações genitais. Pelo menos vinte e nove processos correram termos no *Cour d'Assises* depois de 1979⁹⁷.

Mais recentemente, o Tribunal Federal da Suíça confirmou no seu acórdão de 11 de fevereiro de 2019⁹⁸, a condenação de uma mulher somali por ter solicitado os serviços de uma excisadora para excisar as suas duas filhas, no seu país de origem, ainda antes de imigrar para a suíça. O caso remonta a 2013 e teve lugar na Somália, tendo sido praticada uma excisão total ou quase-total numa das filhas da arguida e uma ablação parcial do clitóris na outra filha.

Em julgamento de 12 de julho de 2018, o Tribunal de Polícia do Litoral e do *Val-de-Travers* condenou a arguida, por mutilação dos órgãos genitais femininos, nos termos do artigo 124.º do CP suíço, a uma pena privativa de liberdade de oito meses, com pena suspensa de dois anos.

O Tribunal Cantonal do Cantão de *Neuchâtel*, em julgamento datado de 14 de dezembro de 2018, rejeitou a apelação formada pela arguida contra o julgamento do tribunal *a quo*. Inconformada com a decisão do Tribunal Cantonal, a arguida recorreu ao Tribunal Federal daquela decisão, invocando que as mutilações genitais foram cometidas no estrangeiro, em momento anterior à fixação de residência na Suíça, afirmando que o Tribunal Cantonal violou o disposto no artigo 124.º do CP na medida em que esta disposição não permitia julgar na Suíça o agente que praticou atos de MGF, quando este não tinha qualquer ligação com aquele país. A recorrente invocou, também, erro sobre a ilicitude.

⁹⁵ Leye, Els; Sabbe, Alexia (2009) “Responding to female genital mutilation in Europe: Striking the right balance between prosecution and prevention”. *op. cit.* p. 40.

⁹⁶ *Ibidem* p. 40.

⁹⁷ Assemblée plénière du 28 novembre 2013 (2013) “Avis sur les mutilations sexuelles féminines”. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000028313269&categorieLien=id> [4 de junho de 2019].

⁹⁸ Disponível em: https://entscheide.weblaw.ch/cache.php?link=11.02.2019_6B_77-2019&sel_lang=de [4 de junho de 2019].

O Tribunal Federal entendeu, após análise ao artigo 124.º conjugado com os artigos 5.º e 7.º, n.º 4 do CP (relativos aos crimes cometidos no estrangeiro) que o Tribunal Cantonal não violou uma lei federal, considerando que a recorrente poderia ser julgada por mutilação dos órgãos genitais femininos, mesmo que os atos pelos quais é acusada, tenham sido cometidos no estrangeiro e num momento em que o agente nunca se tenha encontrado na Suíça.

A recorrente invocou, ainda, erro sobre a ilicitude na aceção do artigo 21.º, 1.ª premissa, do CP (artigo semelhante ao nosso art.º 17.º do CP). Nos termos do mencionado artigo 21.º, “*quiconque ne sait ni ne peut savoir au moment d'agir que son comportement est illicite n'agit pas de manière coupable*”⁹⁹. Para excluir o erro sobre a ilicitude basta que o agente tenha o sentimento de que estaria a fazer algo contrário à lei.

O Tribunal Cantonal expôs que a constituição somaliense de 2012 interditou a excisão, embora não exista nenhuma disposição expressa, no seu direito penal, sobre esta matéria. Perante este enquadramento, o tribunal entendeu que, embora a recorrente possa não ter um conhecimento concreto da estrutura constitucional somaliense, a mesma recorreu aos serviços de uma excisadora, que praticava a MGF no domicílio, desconhecendo, a recorrente, se aquela possuía conhecimentos médicos, o que sugere uma certa clandestinidade e que a recorrente deveria ter consciência de que aqueles atos não eram lícitos. Acresce que a recorrente admitiu, nas suas declarações, que a excisão era “*quelque chose qui n'est pas bien*”¹⁰⁰, o que leva a crer que tinha alguma consciência da ilicitude dos seus atos. Nestes termos, o Tribunal Federal considerou que o Tribunal Cantonal não violou o direito federal ao considerar que o erro era evitável.

Com base nas considerações acima mencionadas, o Tribunal Federal da Suíça rejeitou o recurso requerido pela requerente, mantendo a decisão do tribunal *a quo*.

A decisão do Tribunal Federal foi no sentido de condenar a requerente por um ato cometido anterior à fixação da sua residência na Suíça, tratando-se, portanto, de um facto cometido no estrangeiro e tratado como tal. Este caso é em todo semelhante aos casos que correram termos nos tribunais portugueses, dado os crimes terem sido cometidos em momento anterior à imigração dos autores para o nosso país. Não obstante, se os nossos tribunais se deparassem com casos semelhantes, os processos não teriam o mesmo desfecho face ao n.º 2 do artigo 6.º do nosso CP, que poderá implicar a impunidade dos agentes que praticam o facto em território estrangeiro.

⁹⁹ Tradução livre da autora: “quem desconhece ou não pode conhecer, no momento da prática do facto, que o seu comportamento é ilícito, não age de forma culposa”.

¹⁰⁰ Tradução livre da autora: “algo que não estava bem”.

Um outro caso (*R.B.A.B. and others v. The Netherlands*)¹⁰¹, que teve como objeto vários pedidos de asilo na Holanda, correu termos no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH). O caso teve início com dois pedidos de asilo à Holanda, em 28 de abril de 2001, requeridos separadamente, por uma mulher, adiante 1.^a requerente, e pelo seu marido, adiante 2.^o requerente, ambos de nacionalidade sudanesa. Também efetuaram pedidos de asilo em nome dos seus três filhos (duas filhas, nascidas em 1991, adiante 3.^a requerente, e em 1993, adiante 4.^a requerente, e um filho, nascido em 1996, adiante 5.^o requerente), todos de nacionalidade sudanesa e, à data deste pedido, menores de idade. As autoridades de imigração efetuaram entrevistas ao casal sudanês (1.^a e 2.^o requerentes), que afirmaram que viviam em *Dilling* no Estado de *South Kordofan*, no Sudão, e que fugiram após o 2.^o requerente ter atraído sobre si as atenções das autoridades sudanesas devido às suas atividades no movimento da oposição “M”. A secretária de Estado da Justiça (*Staatssecretaris van Justitie*) rejeitou os pedidos de asilo dos requerentes com base em várias contradições nas suas declarações, à sua incapacidade de responder a questões básicas sobre as tribos que afirmavam pertencer, e devido à inabilidade do 2.^o requerente responder a detalhes topográficos simples sobre a cidade onde ele afirmava ter crescido, bem como providenciar detalhes sobre o movimento de oposição “M”, designadamente, objetivos, membros, estrutura e líder, quando o mesmo alegava ter sido um membro ativo. Após recorrerem desta decisão, o recurso foi declarado inadmissível, em decisão conjunta do Tribunal Regional de Haia, por razões processuais.

Em 12 de abril de 2003, a 1.^a e o 2.^o requerentes solicitaram um segundo pedido de asilo em seu nome e em nome dos seus três filhos, baseado, essencialmente, nos mesmos fundamentos do primeiro pedido, juntando para tal vários documentos que sustentavam as suas declarações. O Ministro da Imigração e Integração (*Minister voor Vreem delingenzaken en Integratie*) rejeitou o novo pedido de asilo, sustentando-se na circunstância de que o seu pedido reiterado não possui factos novos suscetíveis de alterar a decisão anteriormente tomada.

Em 14 de junho de 2005, a 1.^a e o 2.^o requerentes solicitaram, em seu nome e em nome dos seus filhos, um terceiro pedido de asilo, socorrendo-se do argumento de que se forem expulsos para o Sudão, as suas filhas seriam sujeitas a mutilação genital feminina, prática contrária ao artigo 3.^o da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, devido à pressão social da sua comunidade. Foram conduzidas novas

¹⁰¹ Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"tabview":\["document"\],"itemid":\["001-163451"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{) [13 de setembro de 2017].

entrevistas à 1.^a e 2.^o requerentes, os quais afirmaram ser contra a MGF, mas que não seriam capazes de proteger as suas filhas contra essas práticas caso regressassem ao Sudão. O Ministro da Imigração e Integração rejeitou o pedido de asilo, fundamentando que duvidava da sinceridade dos requerentes, que alegavam recear pela integridade física das suas filhas, uma vez que, até àquela data, não haviam utilizado aquele argumento nos pedidos de asilo anteriores. O Ministro também levou em consideração um relatório oficial elaborado pelo Ministério dos Negócios Estrangeiros sobre o Sudão, segundo o qual, as mulheres que tiveram o benefício de um nível de educação superior e que vivem em grandes cidades do Sudão, não experienciaram qualquer estigma por parte da sociedade por não terem submetido as suas filhas ao ritual do corte, enquanto que as mulheres, que vivem em áreas rurais e que não possuem ou possuem um nível baixo de escolaridade, não tiveram outra escolha senão a de sujeitar as suas filhas à prática de MGF. Não tendo sido fornecidas informações pessoais, bem como da sua residência no Sudão, o Ministro considerou que eles não estabeleceram que não pertencem ao grupo de pessoas com escolaridade superior, e como tal, capazes de rejeitar a prática do corte dos genitais. Em decisão conjunta, o juiz de medidas provisórias (*voorzieningenrechter*) do Tribunal Regional de Haia concedeu recurso aos requerentes, anulando as decisões impugnadas, tendo remetido o caso ao Ministro para uma nova decisão, enfatizando os seguintes factos: Existe um risco de mutilação genital; As autoridades sudanesas não providenciam proteção a pessoas em risco de mutilação genital; Não se pode deduzir se é possível evitar a mutilação fixando residência noutro lugar do Sudão; A recusa dos pedidos de asilo deveu-se à falta de demonstração da identidade e origem dos requerentes; Não é claro qual a relevância dessa conclusão no contexto do presente pedido de asilo, que tem foco na proteção das filhas e não dos pais.

O Ministro apresentou um recurso adicional contra este acórdão ao Departamento de Justiça Administrativa (*Afdeling bestuursrechtspraak*) do Conselho de Estado, o qual foi concedido, tendo sido rejeitados os pedidos de asilo dos requerentes. No recurso, o Ministro considerou que: Cabia aos requerentes demonstrarem os factos e circunstâncias vertidos no relatório oficial do Ministério dos Negócios Estrangeiros, o que poderia ter levado à conclusão de que eram elegíveis para admissão do seu pedido; As declarações dos requerentes sobre as suas identidades e origens não eram credíveis; Os requerentes não demonstraram claramente que as autoridades não providenciam proteção, bem como que não existia alternativa de recolocação interna para eles.

A 1.^a e 2.^o requerentes reclamaram ao TEDH que a sua expulsão para o Sudão os

sujeitaria a tratamentos desumanos e degradantes, que violam o artigo 3.º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH), “Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”, argumentando essencialmente que a 3.ª e 4.ª requerente seriam sujeitas a MGF no Sudão, não podendo os primeiros requerentes e as autoridades sudanesas protegê-las.

Os requerentes alegaram que o motivo pelo qual não mencionaram o medo que sentiam de as suas filhas serem sujeitas a MGF, até ao seu terceiro pedido de asilo, deveu-se ao facto de acreditarem que os problemas que o 2.º requerente enfrentava eram suficientes para lhes ser concedido o asilo. Além disso, as suas filhas não estavam em risco na Holanda, não havendo necessidade de mencionar esse facto nos pedidos anteriores. Também afirmaram que conseguiram evitar que a sua filha mais velha (a 3.ª requerente) não fosse submetida a MGF no Sudão, pois alegavam que sofria de asma e, por isso, era muito doente para lhe ser aplicado o corte nos genitais. Ademais, embora a 4.ª requerente já se encontrasse fora da faixa etária na qual a MGF é realizada, textos internacionais demonstraram que não é incomum que mulheres fora daquela faixa etária, sejam submetidas à prática. Os requerentes alegaram, ainda, que não possuem um grau de escolaridade elevado.

Contra estas alegações, o Governo argumentou que o ónus de provar que estariam em risco, sendo-lhes violado o direito constante no artigo 3.º da CEDH, caso voltassem para o país de origem, pertencia aos requerentes. Considerou também que os requerentes apenas se socorreram deste argumento como tentativa de obter asilo e que em nenhum dos três pedidos de asilo forneceram dados sobre a sua identidade, origens, historial educativo e morada no Sudão. Finalmente, o Governo concluiu que a MGF é tradicionalmente praticada em raparigas com idade compreendida entre os 4 e 10 anos, e que a 4.ª requerente já havia passado essa faixa etária. Aliás, se até ao momento a 1.ª e 2.º requerentes conseguiram evitar que a MGF fosse praticada nas suas filhas, não se vislumbram motivos para os requerentes não conseguirem manter essa resistência caso voltassem para o Sudão.

Antes de mais, o TEDH considerou que a questão crucial levada aos autos era se existia um verdadeiro risco de a 4.ª requerente ser sujeita a MGF caso regressasse ao Sudão (entretanto a 3.º requerente obteve uma permissão de habitação na Holanda, pelo que já não se colocava em causa a sua expulsão para o Sudão). Apesar do facto de não existirem leis federais contra a MGF no Sudão, alguns Estados, incluindo o *South*

Kordofan, onde os requerentes alegam ter habitado, possuem leis estaduais que proíbem a MGF.

O tribunal também verificou, com base em relatórios a este apresentado, que estão a ser tomadas medidas no Sudão, pelo Governo e Organizações Não Governamentais, para combater a MGF, havendo mesmo um declínio da sua prática. Como tal, parece não existir um risco real de uma mulher ser submetida a MGF, que não seja instigado pela família da vítima. Concluiu o tribunal, que a factualidade de uma mulher ser submetida a MGF no Sudão depende da posição dos seus pais sobre o assunto, e que se estes forem contra o ritual é possível impedir que as suas filhas sejam sujeitas à prática do corte. Como tal, o tribunal entendeu que não foi demonstrado que a 4.^a requerente será exposta a um verdadeiro risco de ser sujeita a mutilações nos genitais, e como tal, a tratamento contrário ao artigo 3.º da CEDH, após o seu retorno ao país de origem. Tal como não estão em risco os restantes requerentes.

Com base nestes termos, o TEDH, unanimemente decidiu que não haverá violação do artigo 3.º da CEDH na eventualidade de os requerentes regressarem ao Sudão.

Por outro lado, nos vinte e oito países africanos, onde a MGF tem prevalência, o número de processos penais é relativamente baixo e quando existem as sentenças são brandas ou suspensas. Além disso, a quase inexistência de informação sobre estes processos deve-se à falta de registos e de denúncia da MGF¹⁰².

¹⁰² 28 Too Many (2018) “The Law And FGM: An Overview of 28 African countries”. *op. cit.* p. 57.

CONCLUSÃO

*“Eu me Ergo
Pela menina que fui um dia,
Por uma infância interrompida
Eu me ergo!
Pelo grito em minha garganta, preso,
Pela dor que em mim é um peso
Eu me ergo!
Contra a tradição com máscara de
Religião,
Sobre o jugo da repressão
Eu me ergo!
Apesar da ferida que em minhálma
não cicatriza,
Do sofrimento
Que incomoda o meu alento...
Fiar-me-ei num amanhã em que o
fanado
Deixará de ser nosso fado”.*¹⁰³

De tudo o que foi exposto, o estudo permitiu firmar que a mutilação genital feminina é uma realidade em Portugal. Embora tenham sido poucos (apenas três) os casos que chegaram aos nossos tribunais, e em momento anterior à sua autonomização, defendemos que é função do nosso Estado travar o *iter criminis*.

Embora tenham sido escassos os casos que correram termos nos tribunais portugueses, existem registos de mulheres imigrantes que habitam em Portugal e que foram submetidas ao corte, embora fora do território português. Isto leva a concluir que se antes as práticas de mutilação estavam circunscritas a alguns países africanos, com o fenómeno da imigração destes povos, são cada vez mais os países de destino a reconhecer que a mutilação genital é prática que, de facto, existe no seu território.

O número reduzido de processos deve-se à falta de denúncias do crime uma vez que estes são perpetrados no seio de famílias que pertencem a comunidades fechadas

¹⁰³ Da autoria de Rita Ié, in “A mutilação genital feminina à luz do Direito Penal português: da necessidade de alteração do seu regime legal” (2013), *Revista do Ministério Público* n.º 136, p. 99.

relativamente ao resto do mundo e que se protegem uns aos outros.

Antes da autonomização do crime de MGF no nosso ordenamento jurídico, a prática subsumia-se num crime de ofensa à integridade física grave (art.º 144.º do CP), desde que as ofensas fossem suscetíveis de privar a vítima de importante órgão ou membro, a desfigurá-lo grave e permanentemente (al. a)), ou afetar a capacidade de fruição sexual da vítima (al. b)). Tendo em conta este enquadramento legal, o tipo Ia da tabela de classificação da OMS – clitoridectomia – não era abrangida por este preceito legal, uma vez que à remoção da membrana que cobre o clitóris (capuz) não se aplica nenhuma das alíneas do artigo 144.º do CP, motivo pelo qual constituía um crime de ofensa à integridade física simples, nos termos do artigo 143.º do CP. Lamentavelmente, um dos processos penais que chegou aos nossos tribunais foi arquivado porque o crime do artigo 143.º não é aplicável a factos cometidos fora do território português dado que não se encontra na previsão do artigo 5.º do CP.

Com a entrada em vigor da Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, passou a ser possível a criminalização da clitoridectomia, tal como se retira da letra do artigo 144.º-A do CP, bem como da infibulação, excisão ou qualquer outra prática lesiva dos genitais femininos por razões não médicas.

Não obstante, o referido preceito legal está longe de estar perfeito, na medida em que o mesmo deveria ser repensado e alterado no que respeita à criminalização do agente que incita a vítima a automutilar-se, pois, o agente incitador, e sendo a vítima maior de 16 anos de idade, ficará impune.

O mesmo se diga relativamente à alteração do n.º 3 do artigo 6.º do CP, no que se refere a factos praticados fora do território português, e que, segundo o seu n.º 2, é aplicada a lei do país que seja mais favorável ao agente. Ora, tendo em conta que em alguns países a mutilação genital feminina não é crime, todos os agentes que praticam o facto em território estrangeiro saem impunes, mesmo os encontrados em Portugal, havendo uma flagrante desigualdade entre os participantes do mesmo crime. Contudo, esta poderia ser uma grave preocupação não fosse o facto de que na maioria dos países de África, onde se pratica tradicionalmente o ritual do corte genital, possuem legislação específica contra estas mesmas práticas. Inclusivamente, vimos que o Quénia possui legislação completa e pormenorizada relativa à criminalização da mutilação genital feminina, sendo o *Prohibition of Female Genital Mutilation Act 2011* um modelo a seguir por outros ordenamentos jurídicos que pretendam elaborar legislação específica anti-MGF, inclusivamente o nosso.

Surge a questão, face à inexistência de processos penais nos nossos tribunais, se se justifica a alteração legislativa àqueles preceitos legais. O ditado é antigo, mas sempre atual, “mais vale pecar por excesso do que por defeito”, não vá dar-se o caso de, de facto, ser instaurado um processo, cujas circunstâncias sejam as mesmas que foram analisadas ao longo da presente dissertação e os agentes acabem por ser punidos (ou não) nos moldes atrás elucidados.

Afigura-se importante enfatizar que, antes de criminalizar é necessário sensibilizar e reeducar estas comunidades alertando-as de que estas práticas são lesivas para o corpo e mente da mulher, já que são executadas por entes próximos da vítima e que poderá implicar a retirada da criança à família. Por sua vez, deve haver cuidado nessa abordagem de sensibilização e reeducação de forma a não ferir suscetibilidades, pois, para estes povos, o ritual é visto como algo natural e que faz parte da sua cultura.

Concluímos, pois, que, com a implementação de programas de consciencialização daquelas comunidades, de que as práticas de mutilação genital feminina são atos violentos e agressivos e que acarretam consequências permanentes e irreversíveis para a mulher (prevenção geral positiva) e que a criminalização da prática tem um efeito dissuasor (prevenção geral negativa), é possível que a execução destes rituais diminua drasticamente nos países onde existe.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, 2015 “*Comentário do Código de Penal: à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”, 3.^a ed., Lisboa, Universidade Católica Editora.

APAV, 2014 “Parecer da APAV sobre as implicações legislativas da Convenção de Istambul do Conselho da Europa para a prevenção e o combate à violência contra as mulheres e a violência doméstica”, disponível em: https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/Parecer_da_APAV_relativo_as_implicacoes_legislativas_da_Convencao_de_Istambul.pdf.

CANOTILHO, JOSÉ J. GOMES; MOREIRA, VITAL, 2007 “*Constituição da República Portuguesa Anotada*”, Volume I, Artigos 1º a 107º, 4ª Edição Revista, Coimbra: Coimbra Editora.

CICATRIZ FEMININA, 2011 “Testemunho real de Hannah Koroma”, disponível em: <https://cicatrizfeminina.webnode.pt/news/testemunho-real-de-hannah-koroma/>.

CONSELHO DA EUROPA, 2011 “Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence”, disponível em: <https://rm.coe.int/16800d383a>.

CORREIA, EDUARDO, 1971 “*Direito Criminal*”, Volume II, Coimbra: Livraria Almedina.

CUNHA, MANUELA IVONE, 2013 “Género Cultura e Justiça: A propósito dos cortes genitais femininos”, *Análise Social*, 209, XLVIII (4.^a), 834-856.

DIAS, AUGUSTO SILVA, 2006 “Faz sentido punir o ritual do fanado? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana”, disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Dias-Augusto-Silva-Faz-sentido-punir-o-ritual-do-fanado-Reflexoes-sobre-a-punibilidade-da-excisao-clitoridiana.pdf>.

DIVISÃO DE SAÚDE SEXUAL, REPRODUTIVA, INFANTIL E JUVENIL; DIVISÃO DE ESTATÍSTICAS DA SAÚDE E MONITORIZAÇÃO; SERVIÇOS PARTILHADOS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2018 “Mutilação Genital Feminina: Análise dos casos registados na Plataforma de Dados da Saúde/Registo de Saúde Eletrónico – Portal do Profissional”, disponível em: file:///C:/Users/060608204/Downloads/10.9.18_Relat%C3%B3rio+MGF-PDS+vers%C3%A3o+revista.pdf.

END FGM – EUROPEAN CAMPAIGN, 2010 “Fim à Mutilação Genital Feminina: uma estratégia para as instituições da União Europeia”, disponível em: https://www.instituto-camoes.pt/images/cooperacao/fim_a_mgf_estrategia_ue.pdf.

FARIA, MARIA PAULA RIBEIRO DE, 2016 “A Convenção de Istambul e a Mutilação Genital Feminina”, *Combate à Violência de Género: Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, 99-127.

FIGUEIREDO, JORGE DE FIGUEIREDO, 2007 “*Direito Penal, Parte Geral*”, Tomo I, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

GRUPO DE JURISTAS AMNISTIA INTERNACIONAL PORTUGAL, 2008 “Mutilação Genital Feminina: A questão da tipificação penal”, disponível em: https://www.amnistia.pt/wp-content/uploads/2017/06/Parecer_MGF_GJ_AI.pdf.

GUY, BLAKE M., 1995 “Female Genital Excision and the Implications of Federal Prohibition”, *William & Mary Journal of Women and the Law*, Vol. 2.

HOSKEN, FRAN P., 1993 “The Hosken Report: Genital and Sexual Mutilation of Females”, disponível em: <https://www.middle-east-info.org/league/somalia/hosken.pdf>.

LEITÃO, HELENA MARTINS, 2013 “A mutilação genital feminina à luz do Direito Penal português: da necessidade de alteração do seu regime legal”, *Revista do Ministério Público*, 136, 99-121.

LEYE, ELS; DEBLONDE, JESSIKA, 2004, “*Legislation in Europe regarding female genital mutilation and the implementation of the law in Belgium, France, Spain, Sweden and the UK*”, Belgium: International Centre for Reproductive Health Ghent University. Disponível em: www.icrh.org.

LEYE, ELS; SABBE, ALEXIA, 2009, “*Responding to female genital mutilation in Europe: Striking the right balance between prosecution and prevention – A review of legislation*”, Belgium: International Centre for Reproductive Health Ghent University. Disponível em: www.icrh.org.

LISBOA, MANUEL; et. al., 2015 “Mutilação Genital Feminina: prevalências, dinâmicas socioculturais e recomendações para a sua eliminação – Relatório Final”, Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa, disponível em: https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2015/07/Relat_Mut_Genital_Feminina_p.pdf

MONTE, MÁRIO FERREIRA, 2016, “Mutilação Genital, Perseguição (Stalking) e Casamento Forçado: Novos tempos, novos crimes”. Revista Julgar, 28. 75-88.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2008 “Eliminação da Mutilação Genital Feminina: Declaração Conjunta OHCHR, ONUSIDA, PNUD, UNECA, UNESCO, UNFPA, ACNUR, UNICEF, OMS”, disponível em: https://www.instituto-camoes.pt/images/cooperacao/eliminacao_mgf_declarconj.pdf.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2006 “Female Genital Mutilation – new knowledge spurs optimism”, disponível em: https://www.who.int/reproductivehealth/topics/fgm/progress72_fgm.pdf

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2006 “Mutilação Genital Feminina: Integração da Prevenção e do Tratamento nos Currícula de Profissionais de Saúde”, disponível em: https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2013/12/Manual_FINAL_para_web.pdf.

RAHMAN, ANIKA; TOUBIA, NAHID, 2000 “*Female Genital Mutilation: a guide to laws and policies worldwide*”, London, New York: Zed Books.

SCHARBACH, HUGUES, 1986, “*Auto-mutilations et auto-offenses*”, Paris: Presses Universitaires de France.

SEGURANÇA INTERNA E DEFESA NACIONAL, 2013 “Mutilação Genital Feminina: crime sem castigo”, disponível em: <http://segurancaedefesa.blogs.sapo>

SILVA, GERMANO MARQUES DA, 2015 “*Direito Penal Português – Teoria do crime*”, 2.^a Ed., Lisboa: Universidade Católica Editora.

SPENCER-OATEY, HELEN, 2000. “*Culturaly Speaking: Managing Raport through Talk across Cultures*”, London, New York: Continuum.

QUINTELA DE BRITO, TERESA, 2017. Exame de Crimes em Especial, datado de 29 de maio de 2017, Universidade Nova de Lisboa.

28 TOO MANY, 2018 “Sudan: the law and FGM”, disponível em: <https://www.28toomany.org/Law>.

28 TOO MANY, 2018 “The law and FGM: An Overview of 28 African Countries”, disponível em: <https://www.28toomany.org/Law>.

Jurisprudência:

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, datado de 13 de outubro de 2004, Processo n.º 04P3210, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f4cbe2ecdeea9311802571bc003d0d06?OpenDocument>

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, datado de 21 de março de 2013, Processo n.º 637/199.L1.S1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5f55ed9448508aad80257b35005ef341?OpenDocument>

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, datado de 27 de maio de 2009, Processo n.º 58/07.1PRLSB.S1 disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/8e674ed29d3df0a1802575ec0030bffe?OpenDocument>.

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS (*Case of R.B.A.B. and others v. The Netherlands*), datado de 7 de setembro de 2016, n.º 7211/06, disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\"tabview\":\[\"document\"\],\"itemid\":\[\"001-163451\"\]}\"](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\).

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL FEDERAL DA SUÍÇA (*Arrêt du Tribunale Federale*), datado de 11 de fevereiro de 2019, processo n.º 6B 77/2019, disponível em: https://entscheide.weblaw.ch/cache.php?link_11.02.2019_6B_77-2019&sel_lang_de.

ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE DU 28 NOVEMBRE 2013, 2013 “Avis sur les mutilations sexuelles féminines”, disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000028313269&categorieLien=id>.

Legislação:

CHILD ACT 2010 (Sudão), disponível em: <http://citizenshiprightsafrika.org/wp-content/uploads/2016/02/Sudan-Child-Act-2010-Part-1.pdf>.

CODE PÉNAL (França), disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719>.

CODE PÉNAL SUISSE (Suíça), disponível em: http://loisuisse.ch/fra/sr/311.0_016.html.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PORTUGUÊS, disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_main.php.

CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS, disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_main.php.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA, disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_main.php.

CONVENÇÃO EUROPEIA PARA A PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS CONTRA A EXPLORAÇÃO SEXUAL E OS ABUSOS SEXUAIS (Convenção de Lanzarote), disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/177841/details/maximized>.

CONVENÇÃO DO CONSELHO DA EUROPA PARA A PREVENÇÃO E O COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES E A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA (Convenção de Istambul), disponível em:

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168046253d>.

CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA AS MULHERES, disponível em:

<http://plataformamulheres.org.pt/docs/PPDM-CEDAW-pt.pdf>.

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS CRIANÇAS, disponível em:

https://www.unicef.pt/media/1206/0-convencao_direitos_crianca2004.pdf.

CRIMES ACT 1900 N.º 40 (New South Wales, Austrália), disponível em:

<https://www.legislation.nsw.gov.au/#/view/act/1900/40/part3/div6/sec45>.

CRIMINAL ACT 1991 (Sudão), disponível em:

<http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/80450/118284/F-1325877900/SDN80450%20Eng.pdf>.

CRIMINAL CODE (Canadá), disponível em: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/section-268.html>.

CRIMINAL CODE 1899 (Quensland, Austrália), disponível em:

http://www5.austlii.edu.au/au/legis/qld/consol_act/cc189994/s323a.html.

DECLARAÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES, disponível em:

<http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/declaracaoviolenciamulheres.pdf>.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM, disponível em:

<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh.html>.

LAG (1982:316) MED FÖRBUD MOT KÖNSSTYMPNING AV KVINNOR (Suécia), disponível em: https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-1982316-med-forbud-mot-konsstympning-av_sfs-1982-316.

PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, disponível em:
http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf

PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS, disponível em:
http://www.dge.mec.pt/sites/default/files/ECidadania/educacao_para_a_Defesa_a_Seguranca_e_a_Paz/documentos/pacto_internacional_sobre_direitos_economicos_sociais_culturais.pdf

PROHIBITION OF FEMALE GENITAL MUTILATION ACT 2011 (Quénia), disponível em:
http://kenyalaw.org/kl/fileadmin/pdfdownloads/Acts/ProhibitionofFemaleGenitalMutilationAct_No32of2011.pdf.

PROJECTOS DE LEI NÚMEROS 647/XII, 659/XII E 663/XII, disponíveis em:
<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=38652>.

RESOLUÇÃO DA ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA N.º 4/2013, de 21 de janeiro, disponível em:
http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1878&tabela=leis.

US CODE (EUA), disponível em: <http://www.law.cornel.edu/uscode/text/18/116>.